Seeger

Abhandlungen

aus dem

Strafrechte.

Abhandlungen

aus dem

Strafrechte.

Von

Dr. Hermann Seeger,
Privatdocenten an der Königl. Universität Tübingen.

I.

Tübingen, 1858.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
— Laupp & Siebeck. —

Druck von H. Laupp.

Meinem theuern Vater

Karl August Friedrich Seeger,

Obertribunalprokurator, K. Regierungskommissär bei dem württ. Kreditverein und Vorsitzendem des Handelsschiedsgerichtes zu Stuttgart

in dankbarer Liebe gewidmet.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Erste Erörterung.

Zweite Erörterung.

Dritte Erörterung.

Vorbemerkungen.

Seit geraumer Zeit hat sich, gewiß mit gutem Grunde, in unserer Wissenschaft die Ansicht eingebürgert, daß für die Darstellung der strafrechtlichen Lehren das allgemeine Wesen des Verbrechens und der Strafe den Ausgangspunkt bilden müße. Die eigenthümliche rechtliche Beurtheilung und Behandlung der Verbrechen muß sich, wenn sie überhaupt auf Vernunftmäßigkeit Anspruch machen will, auf das eigenthümliche Wesen dieser besonderen Art von Unrecht gründen; könnte Dieß nicht nachgewiesen werden, so müßte der gesammte Inhalt des Strafrechtes als bloße Willkühr erscheinen. Insbesondere hat ein wahrhaft systematischer allgemeiner Theil des Strafrechtes nothwendig seine innere Einheit im Begriffe des Verbrechens überhaupt; gelingt es, diesen Begriff richtig zu bestimmen, so müssen in seinen Merkmalen zugleich die Grundsätze liegen, nach welchen sich die einzelnen Lehren in Anordnung und Ergebnissen befriedigend gestalten. Gleichwohl hat man sich bis in die neueste Zeit mit eingehenden Untersuchungen über den Begriff des Verbrechens weit weniger beschäftigt, als mit der Aufstellung von Rechtfertigungsgründen der Strafe — wobei man übersah, daß diese letzteren Versuche ohne die Voraussetzung richtiger und scharfer Einsicht in das eigenthümliche Wesen des Verbrechens niemals gelingen konnten. Die Meisten, welche Strafrechtstheorieen aufstellten, unterließen es gänzlich, dasselbe näher zu untersuchen, und hatten deßhalb von vorne herein eine ungenügende Grundlage, indem sie in ihren Erörterungen aus dem Begriffe des Verbrechens bloß Dasjenige benützten, was in diesem Begriffe ganz offen daliegt: nämlich bloß die allgemeinen Merkmale eines Unrechtes oder einer Uebelthat, nicht die besonderen, durch welche sich gerade diese bestimmte, strafbare Art des Unrechtes von anderen Rechtsverletzungen (dem bloßen bürgerlichen Unrechte) unterscheidet. Soll eine bestimmte Art des Unrechtes, und gerade

nur sie, strafwürdig sein, so muß der Grund hievon in ihrer Eigenthümlichkeit liegen; das Verbrechen muß deßhalb strafbar sein, weil es Verbrechen ist. Die erste Frage ist also hier stets die: was ist das Verbrechen? worin besteht sein eigenthümliches Wesen? — Gelingt es aber, diese Frage zu lösen, so erhält man hiedurch nicht bloß die einzige, letzte Grundlage der „Strafrechtstheorie", sondern auch den wahren inneren Halt für die Lehre vom Verbrechen.

Indessen ist es bei der Entwicklung, welche die Wissenschaft des Strafrechtes am Ende des vorigen und am Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts genommen hat, sehr erklärlich, daß diese Hauptfrage, wie so mancher andere wichtige Punkt des Strafrechtes, zuerst aus Anlaß der Untersuchung über den letzten Grund der Strafe aufgeworfen und erörtert wurde. Es ist Karl Theodor Welcker, welcher den wichtigen Schritt gethan hat, auf eine Zergliederung der Merkmale, die er im Verbrechen fand, die Strafe zu gründen, und hierin vor Allem besteht, wie ich glaube, die große Bedeutung der philosophischen Lehre, welche er in seinem Werke „über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe" aufgestellt hat. — Indem nämlich Welcker die Strafe als Aufhebung des „intellectuellen Schadens" auffaßte, welcher durch das Verbrechen gestiftet werde, suchte er zugleich im Einzelnen nachzuweisen, worin jener intellectuelle Schaden bestehe, und wie jeder besonderen Seite desselben eine bestimmte, im Wesen der Strafe liegende Beziehung und Wirkung derselben entspreche. Hier war nun freilich das Verbrechen nicht sowohl in seiner inneren Eigenthümlichkeit, als vielmehr in seinen Wirkungen aufgefaßt, und auch die Art und Weise, wie Welcker seinen Grundgedanken im Einzelnen anwendet, ist manchfach einseitig und nicht befriedigend; aber der Gesichtspunkt der Untersuchung war ein tief wissenschaftlicher, den freilich Wenige (unter ihnen besonders Wächter) vollkommen gewürdigt haben. — Welcker führt aus, welche einzelnen Wirkungen nach dem erfahrungsmäßig bekannten Wesen des Menschen und seiner Handlungen einerseits das Verbrechen, andererseits die Strafe habe und haben müße; beiderlei Wirkungen faßt er je in die Einheit eines Begriffes — intellectueller Schaden und Aufhebung desselben — zusammen, und so ergiebt sich ihm die Begründung der Strafe aus dem Verhältnisse, in welchem jene Wirkungen von selbst schon zu einander stehen, und welches in jenen beiden allgemeinen Begriffen seinen Ausdruck erhalten hat.

Von einem der Form nach ganz entgegengesetzten Standpunkte aus wurde in der Hegel'schen Philosophie und von ihren Nachfolgern das Wesen des Verbrechens an die Spitze des Strafrechtes gestellt; hier erscheint das Ausgehen von dem allgemeinen Begriffe als unerläßliche Forderung der dialektischen Methode, welche das gesammte System durchdringt. Aber, wie so oft in der Rechtsphilosophie dieser Schule, liegt die wahre Bedeutung Dessen, was sie geleistet hat, auch in unserer Frage nicht sowohl in ihrer Methode der Untersuchung, als im Inhalte selbst, dessen unbestreitbarer Werth ein bleibender, von der Methode unabhängiger ist [1]). Hegel selbst macht in seiner Rechtsphilosophie (§. 90. Anm., §§. 95, 97) über das Wesen des Verbrechens eine Bemerkung, welche in der That die Aufgabe in ihrer vollen Tiefe erfaßt und deren richtige, ihm selbst und seinen Schülern nicht gelungene Durchführung auf ein ebenso

---

1) Es ist übrigens unten S. 2 ff. angedeutet, wie die richtige Auffassung des Verbrechens schon aus dem kantischen Standpunkte folgt, auf welchem sie nur noch keine genügende Durchführung und Darstellung erhalten hat. Köstlin zwar hält meiner Auffassung der kantischen Rechtsphilosophie entgegen, daß ich mich nur auf eine abgerissene Stelle aus Kant und auf ein „neueres System der Ethik" (nämlich das von J. H. Fichte) berufe. Allein ich habe mich dort ausdrücklich auch auf Kant's Hauptwerke — wobei ich namentlich die Kritik der praktischen Vernunft im Auge hatte — berufen: denn nur im Zusammenhange mit diesen aufgefaßt, ist Kant's Rechtsphilosophie in ihrer richtigen Bedeutung verständlich. So enthält eben jene Stelle, welche unten S. 2 abgedruckt ist, die richtige Anwendung der allgemeinen, obersten Grundsätze von Kant's praktischer Philosophie, welche namentlich in der Kritik der praktischen Vernunft (bes. §§. 5—8 des ersten Hauptstückes) niedergelegt sind, und es ist ihr von Köstlin selbst in seinem Systeme des Strafr. S. 392. Anm. 5 mit Recht sehr großes Gewicht beigelegt worden. Weitere Gründe für meine Auffassung brauchte ich nicht anzugeben, da ich mich statt Dessen füglich auf die von J. H. Fichte gegebene Darstellung dieser Gründe berufen konnte. — Daß Kant's größte unmittelbare Schüler unter den Rechtsgelehrten sog. relative Strafrechtstheorieen aufgestellt haben, erklärt sich einfach daraus, daß sie die rechtliche Aufgabe des Staates einseitig und allzu wörtlich in den Schutz des Rechtes setzten — woraus sich ihnen denn für die rechtliche Bedeutung der Strafe nur ihre Beziehung auf Verhütung künftigen Unrechtes ergab. Dieß zeigt sich namentlich in Feuerbach's Revision I. S. 31, 38 ff. auf's Deutlichste; es gilt aber ebenso auch von Grolman und Martin.

befriedigendes, als klares und leicht anwendbares Ergebniß führen muß. Die Eigenthümlichkeit des Verbrechens (im Unterschiede vom bürgerlichen Unrechte) besteht allerdings darin, daß das Verbrechen Verletzung der Rechtsordnung als solcher, grundsätzlicher Angriff auf das Recht oder — was Dasselbe sagt — Angriff auf seine Grundlagen ist; und Dieß hat schon Hegel a. a. O. angedeutet, Joh. Ulr. Wirth aber (Ethik Bd. II. S. 281 Anm.) bestimmter ausgeführt. Diese Bezeichnung, welcher sich auch Köstlin und Berner angeschlossen haben, behalte ich, als eine vollkommen zutreffende, bei, obgleich ich in Bezug auf die Durchführung des in ihr liegenden Gedankens ganz anderer Ansicht bin, als diese Schriftsteller und als Hegel selbst. Es handelt sich nämlich sofort um die Frage, welchen Sinn man mit jener Begriffsbestimmung verbindet. Wirth, früher auch Berner und Köstlin, setzten, wie Hegel selbst, das Wesen des Verbrechens näher darein, daß es einen bewußten Gegensatz des Einzelwillens gegen den allgemeinen enthalte [1]). Dieß ist aber

1) So bezeichnete insbesondere auch Köstlin noch in seinem Systeme §. 2 Zus. das Wesen des Verbrechens damit, daß in ihm der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen zum „bewußten Gegensatze" werde. Es ist deßhalb nicht einzusehen, warum meine Auffassung dieser Stelle unten S. 8. Anm. 1 nicht „die treffende" sein solle, wie Köstlin in der S. XVII. o. angef. Zeitschr. S. 397. Anm. 2 sagt. Völlig unbegründet ist der Vorwurf, welchen mir Köstlin daselbst unter der Form einer „sehr nahe liegenden Vermuthung" macht, daß ich meine Bestimmung des Unterschiedes zwischen Verbrechen und bürgerlichem Unrechte eben nur aus seiner „Anm. zu 2" geschöpft haben solle. Denn in dieser Anm. ist keineswegs gesagt, worin die principielle Entgegensetzung des Willens gegen das Recht als solches bestehe. Eben Dieß aber macht den Kern der Frage aus, und eine eingehende Lösung derselben, wie sie von mir auf den hier folgenden Blättern ausgeführt ist, aber schon unten S. 7—9 angedeutet war (s. bes. den zweiten Satz auf S. 9 in Verbindung mit dem letzten auf S. 7), war in Köstlin's System nicht unternommen, konnte also auch nicht dorther geschöpft werden. Hiefür hätte die allerdings richtige Bemerkung, welche von Köstlin in jener Anm. zu §. 2 gegen Hegel's Bezeichnung des bürgerlichen Unrechtes gemacht und von mir, unten S. 8. Anm. 1, vollkommen gewürdigt worden ist, bei Weitem nicht hingereicht. Im Gegensatze zu jener Bemerkung Köstlin's hält Berner auch jetzt in seinem Lehrbuche S. 38 durchaus an der Hegel'schen Auffassung des bürgerlichen Unrechtes als des unbefangenen fest, stellt aber dabei als Mittelbegriff zwischen dem Civil- und Kriminalunrechte den der Chikane auf.

gewiß nicht das Richtige (s. u. S. 8. Anm. 1, z. Theil schon Krug im N. Arch. 1854. S. 508 u., 509 o.) und ist jetzt auch von Köstlin in seiner neuesten Ausführung (Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß n. F. Bd. XIV. S. 397) stillschweigend fallen gelassen; allein eben in Folge Dessen fehlt es der Begriffsbestimmung jetzt an einer näheren Erklärung, welche schon zur Verständlichkeit und praktischen Anwendbarkeit derselben erfordert wird. Der Sinn nun, in welchem ich sie nehme, ist folgender.

Das Wesen des Verbrechens begründet der grundsätzlich rechtswidrige, gegen die Grundlagen der äußeren Rechtsordnung gerichtete Wille.

A) Grundlagen der Rechtsordnung, also Dasjenige, gegen was das Verbrechen seiner wesentlichen Eigenthümlichkeit nach gerichtet ist, sind diejenigen Kräfte und Anstalten, durch welche das Bestehen der äußeren Rechtsordnung überhaupt bedingt ist, ohne deren (wenigstens negative) Achtung ein wahrer Rechtszustand, mindestens auf die Dauer, nicht möglich wäre. Dieß sind nun

erstens der Rechtswille der Einzelnen in der Unverletzlichkeit, welche ihm je gegenüber allen anderen Einzelwillen rechtlich gebührt;

zweitens der Inbegriff derjenigen Anstalten, welche in und von dem Staate selbst für die Verwirklichung des Rechtes aufgestellt sind;

drittens die allgemein sittlichen und religiösen Grundbedingungen eines vernünftigen Gemeinzustandes überhaupt, soferne dieselben in Rechtsanstalten — Ehe, Familie, Kirche — erscheinen.

Die allgemeinen Mittel, durch welche die verbrecherische Verletzung des Rechtszustandes bewirkt wird, und auf welche daher alle Begehungsweisen der Verbrechen zurückgeführt werden können, sind theils physische Eigenmacht (oder Gewalt im weitesten Sinne), theils rechtswidrige Täuschung (Fälschung und Betrug). — Vergl. unten S. 9, Berner, Lehrb. S. 103, 104.

I. Die Verletzung des Einzelwillens ist das wesentlich Verbrecherische da, wo eine Thatsache, auf deren Bestehen Jemand ein Recht hat (welche zu seinem „Rechtsgebiete" gehört), gegen den

---

Eine Bezeichnung des Unterschiedes zwischen der Chikane und dem Kriminalunrechte und die hiedurch von diesem Standpunkte aus bedingte eingehendere Erklärung des letzteren Begriffes (s. Berner a. a. O. §. 72) ist hier nicht gegeben.

Willen des Berechtigten widerrechtlich verändert wird. Eine solche Handlung ist grundsätzlich gegen die Unverletzlichkeit des Rechtswillens, also gegen das Recht in einer seiner Grundlagen gerichtet. Sie verwirklicht den Gedanken, daß über einen Gegenstand, welcher nach dem Rechtsgesetze ausschließlich der Herrschaft des einen, bestimmten Einzelwillens unterworfen ist, nicht dieser Wille, sondern im Gegensatze gegen ihn lediglich der im Augenblicke Stärkere nach seinem Belieben verfügen solle — und zwar in einer Weise, welche die Verfügungsgewalt des ersteren ganz oder theilweise aufhöbe. Dieser Gedanke aber widerstreitet, wie er selbst unmittelbar zeigt, dem Wesen des Rechtes überhaupt, auch des Rechtes im objectiven Sinne, nicht bloß einem einzelnen, subjectiven Rechte; ja, als allgemeiner Gedanke oder als Grundsatz gedacht, höbe er alle Möglichkeit einer Rechtsordnung auf. Eine vernünftige (rechtliche) Ordnung der äußeren menschlichen Lebensverhältnisse könnte gar nicht bestehen, wenn deren Gestaltung je durch die größere Macht der Einzelnen bestimmt würde. Ebendeßhalb nun ist die Verwirklichung jenes Gedankens nicht etwa bloß bürgerliches, sondern grundsätzliches Unrecht, Verbrechen.

Hiezu gehört, wie schon oben angedeutet worden ist, eine Veränderung bestehender Thatsachen, auf deren Bestehen der Beschädigte ein Recht hat, d. h. derjenigen thatsächlichen Umstände und Verhältnisse, welche vermöge ihrer Beziehung auf den Rechtswillen das Recht theils dem Begriffe nach (als rechtlichen Anspruch), theils in seinem äußerlich (objectiv) verwirklichten Bestande (in seiner Ausübung, beziehungsweise der Möglichkeit derselben) ausmachen und zugleich bedingen. Denn der Wille ist nur in seiner Beziehung auf diese Thatsachen Grund des wirklichen, bestehenden Rechtszustandes, und deßhalb kann er auch in dieser seiner rechtlichen Bedeutung nur dadurch verletzt werden, daß die Beziehung, in welcher er zu den genannten Thatsachen steht, ganz oder theilweise aufgehoben wird. Dieß kann aber, als etwas äußerlich Geschehendes, nur durch eine Veränderung der äußeren Thatsachen geschehen, auf welchen das Recht oder die Möglichkeit seiner Ausübung beruht.

Allerdings kann nun Unrecht auch ohne Veränderung bestehender Thatsachen vorhanden sein; aber dann enthält es keine Verletzung des Willens in seiner angeführten allgemeinen rechtlichen Bedeutung, also von dieser Seite kein Verbrechen. Das Unrecht

kann nämlich hier nur darin bestehen, daß Jemand Dasjenige nicht thut, wozu er rechtlich verpflichtet ist; und hiedurch (z. B. dadurch, daß ein Schuldner bloß einfach nicht zahlt) wird dem Willen des Berechtigten Nichts von seiner in dem betreffenden Rechte liegenden Herrschaft entzogen. Denn diese Herrschaft ist insoweit, als sie hier in Betracht kommt, schon von vorne herein keine thatsächliche, sondern bloß eine rechtliche; sie besteht lediglich darin, daß der Wille des Verpflichteten dem Berechtigten rechtlich gebunden ist: ob er es auch thatsächlich ist, d. h. ob der Verpflichtete den Willen hat, sich thatsächlich an die Verpflichtung zu binden, dieselbe zu erfüllen, hängt von Anfang an und in jedem einzelnen Augenblicke lediglich von ihm ab, und hierüber hat der Gegentheil von vorne herein keine (thatsächliche) Macht. Dieß liegt namentlich im Wesen aller Forderungsrechte, da deren unmittelbarer Gegenstand ein solcher ist, welcher sich aller thatsächlichen Herrschaft entzieht: nämlich der Wille des Verpflichteten.

Daß die bloße Nichterfüllung eines privatrechtlichen Anspruches nicht grundsätzliches Unrecht ist, zeigt sich auch sofort in der unmittelbaren praktischen Anwendung des letzteren Begriffes. In demselben liegt nämlich jedenfalls, daß grundsätzliches Unrecht eine solche Handlungsweise ist, welche, als Grundsatz gedacht, das äußere Bestehen der Rechtsordnung als solcher (wenn auch nur in einer einzelnen, bestimmten Beziehung) aufhöbe. Dieß ist aber hier nicht der Fall, wie sich unmittelbar darin zeigt, daß die Erfüllung der privatrechtlichen Ansprüche in jedem einzelnen Falle vom Staat im Wege des bürgerlichen Rechtsverfahrens erzwungen werden kann, ja selbst alsdann erzwungen werden könnte, wenn in einem bestimmten privatrechtlichen Verhältniß alle Verpflichteten nicht aus freien Stücken erfüllen, mithin das Nichterfüllen als Grundsatz ausüben wollten. (Deßhalb genügt hier auch stets die Aufhebung des bürgerlichen Unrechtes als bürgerlichen und bedarf es hier keiner Strafe.)

Wenden wir nun aber überhaupt das bisher Vorgetragene auf die einzelnen Arten von Rechten an, so erhellt sogleich, daß bei jeder zurechenbaren Verletzung derjenigen Rechte, welche in der Persönlichkeit selbst unmittelbar begriffen sind — des Lebens, der körperlichen und geistigen Integrität, der Freiheit und Ehre — das bisher besprochene Merkmal des Verbrechens vorliegt, wenn die Verletzung gegen den Willen des Verletzten verübt wird. Willigt Derselbe ein, so entsteht hiedurch

zwar kein Rechtsanspruch auf seine Verletzung, da jene Rechte nicht veräußerlich sind; aber wenn nun die Verletzung wirklich verübt wird, so ist sie nicht grundsätzliches Unrecht, nicht Verbrechen. Hiegegen kann man sich nicht auf die Unveräußerlichkeit jener Rechte berufen; denn aus dieser folgt nur, daß ein Verzicht auf sie kein Recht zur Verletzung giebt, nicht aber, daß die letztere, wenn sie geschieht, ein Angriff auf die Grundlagen der Rechtsordnung, grundsätzliches Unrecht sei: insoweit muß vielmehr auch aus dem philosophischen Gesichtspunkte an dem Satze „volenti non fit injuria" festgehalten werden, welchen hier fast alle heutigen Schriftsteller, Wächter ausgenommen, mit Unrecht haben fallen lassen.

Enger, als gegenüber den bisher besprochenen Rechten, ist der Umfang des Verbrechens nach unserer Auffassung gegenüber den bloßen Vermögensrechten. Hier enthält, wie ich schon oben angedeutet habe, nicht jedes Unrecht eine Veränderung von Thatsachen und folgeweise eine wahre Verletzung des Rechtswillens. Das wichtigste der thatsächlichen Verhältnisse, von deren Aufhebung Dieß gilt, ist der Besitz, dessen innerer Rechtsgrund, wie namentlich Bruns gezeigt hat gerade die Unverletzlichkeit des Willens ist. Doch giebt es bei den Vermögensrechten auch andere Thatsachen, auf deren Bestehen der Berechtigte kraft seines Rechtes einen Anspruch hat und deren rechtswidrige Veränderung deßhalb als grundsätzliche Verletzung des Rechtswillens, als Verbrechen erscheint. Es sind Dieß bei den dinglichen Rechten diejenigen, die Sache selbst betreffenden thatsächlichen Umstände, durch deren Bestehen entweder das Dasein des Rechtes an der Sache, oder die Möglichkeit, dasselbe zu realisiren, bedingt ist; Näheres hierüber ergiebt sich von selbst aus Demjenigen, was unten S. 331 ff., wiewohl in anderem Zusammenhange, ausgeführt ist.

Bei Forderungen wird aus demselben Grunde eine wirkliche Verletzung des Rechtswillens, mithin ein Verbrechen, durch solche Handlungen begangen, welche dahin abzielen, entweder das Dasein des Forderungsrechtes thatsächlich aufzuheben (wie z. B. ein durch Drohungen abgepreßter oder betrüglich erschlichener Nachlaßvertrag), oder die Realisirbarkeit der Forderung zu vereiteln; aber auch im letzteren Falle nur alsdann, wenn eine Thatsache, auf deren Bestehen der Gläubiger kraft seiner Forderung ein Recht hat, verändert wird. Letzteres geschieht dadurch, daß der Schuldner, um den Gläubiger zu verkürzen, Etwas aus dem Vermögen verbirgt oder bei Seite

schafft (s. u. S. 325 ff.). Andere Handlungen dagegen, welche die Realisirbarkeit der Forderung aufheben oder gefährden, sind an sich, wie ich ebendaselbst und ob. S. XVIII., XIX. dargethan habe, keine Verbrechen: denn die bloße Nichterfüllung eines rechtlichen Anspruches ist nicht wahre Verletzung des Rechtswillens, und solches Unrecht würde, als Grundsatz gedacht, die Rechtsordnung als solche nicht aufheben.

Was das Mittel des Verbrechens betrifft, so kommt das oben Gesagte zur Anwendung. Die Verletzung des rechtlichen Einzelwillens geschieht stets durch Uebermacht, Zwang im weiteren Sinne, und dieser Zwang ist bald ein physischer, bald ein intellectueller. Seine Ausübung ist bald wirkliche, vollbrachte oder angedrohte, Ueberwältigung der Person (Gewalt im engeren Sinne, die eigentliche criminalistische vis), bald bloße Benützung ihrer Unmacht zur Verhinderung des Verbrechens, sei es wegen Abwesenheit, oder wegen Schwäche (zu welcher auch die Schwäche des Willens, insbesondere der Mangel an Muth gehört), oder wegen der Plötzlichkeit, mit welcher das Verbrechen verübt wird (wie z. B. die meisten wörtlichen und symbolischen Ehrenbeleidigungen vermöge ihrer allgemeinen Natur). In allen diesen Fällen ist der Gegensatz des verletzenden Willens gegen den verletzten ein offenkundiger, und das Verbrecherische der Begehungsweise bedarf ebendeßhalb hier keiner näheren Bestimmung. — Anders verhält es sich bei der rechtswidrigen Täuschung (Betrug und Falsum). Bei dieser ist die Uebermacht, wie gesagt, eine intellectuelle; die Begehungsweise des Verbrechens hat hier, wie schon Hegel ganz richtig andeutet, ihr Wesen darin, daß der bloße Schein der Uebereinstimmung mit dem Rechte und mit dem Willen des Berechtigten gegen das Wesen des Rechtes — und des Rechtswillens — benützt wird [1]). Allein eben Dieß muß nun noch näher bestimmt, es muß angegeben werden, welche Täuschungen überhaupt rechtswidrig, und weiterhin, welche grundsätzlich rechtswidrig, also verbrecherisch seien. Dieß führt aber zu tief in das Wesen einzelner Verbrechen hinein, als daß es hier erörtert werden könnte. — Die bisher besprochenen Mittel können nun entweder gegen

---

1) S. Hegel's Rechtsphilos. §. 87, meine Bem. unten S. 9 und Berner's Lehrb. S. 104. (Gegenw. Schrift war mit Ausnahme dieser Vorbemerkungen und der letzten Bogen schon vor dem Erscheinen von Berner's Lehrb. gedruckt.)

Einzelne als solche angewendet sein — gegen den Berechtigten selbst, oder gegen Solche, welche irgendwie seine Stelle vertreten — oder gegen Diejenigen, welche die das Recht verwirklichende Staatsgewalt ausüben, in dieser ihrer Stellung. Im letzteren Falle trifft bei Verbrechen, welche zugleich gegen Rechte der Einzelnen als Solcher gerichtet sind, der bisher geschilderte Gesichtspunkt mit demjenigen zusammen, welcher jetzt sofort unter Ziffer II. darzustellen ist.

II. Grundlage des gesammten äußeren Rechtszustandes ist — was keines Beweises bedarf — der Staat selbst in seinem Dasein, seiner Verfassung und den Anstalten, auf welchen seine Verwaltung beruht. Deßhalb ist jedes Unternehmen, welches dahin abzielt, das Dasein oder die Verfassung des Staates oder die rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt ganz oder in einer bestimmten Beziehung aufzuheben, Verbrechen. Unter diesen Gesichtspunkt können alle Staatsverbrechen, insbesondere auch der Hochverrath an der Person des Staatsoberhauptes und die Majestätsbeleidigung, gestellt werden. Bei diesen beiden Verbrechen nun, sowie in einer Menge anderer Fälle, trifft der Gesichtspunkt der Nr. II. mit dem der Nr. I., Verletzung des rechtlichen Einzelwillens, zusammen. Insbesondere aber ist Dieß der Fall da, wo diejenigen Staatsanstalten und Thätigkeiten, welche zur Handhabung des Rechtes in den einzelnen Fällen bestimmt und deßhalb in einem besonders augenscheinlichen Sinne Grundlagen der Rechtsordnung sind — nämlich die Gerichte und das gerichtliche Verfahren — zur Verletzung von Rechten Einzelner mißbraucht werden. Dieß kann sowohl auf dem Wege des Strafverfahrens, als auf dem des bürgerlichen Rechtsstreites geschehen. Fälle der ersteren Art sind unten S. 116 ff. besprochen; bei denen der zweiten Art bedarf namentlich wieder der Unterschied vom bürgerlichen Unrechte näherer Bestimmung. Dieser Unterschied wird hier dadurch begründet, ob der Handelnde den Proceß nur zum Scheine, gegen sein Wesen anwendet, um vermittelst dieses Scheines einen rechtswidrigen Anspruch durchzusetzen, beziehungsweise sich einem rechtlich begründeten zu entziehen, oder ob Jener es einfach und aufrichtig darauf ankommen läßt, daß die zur Anordnung der äußeren Rechtsverhältnisse bestehende, dem Rechte selbst gemäße Verfahrensweise auf den Anspruch, um welchen es sich handelt, angewendet werde (vergl. unten S. 7—9). Unter dieser letzteren Voraussetzung befindet sich im bloß bürgerlichen Unrechte selbst Derjenige, welcher

für einen dem objectiven Privatrechte nicht gemäßen, oder gegen einen in demselben gegründeten Anspruch processirt — mag er auch gleich etwa das Bewußtsein seines materiellen Unrechtes haben. Auch der Gesichtspunkt der obigen Nr. I. tritt hier selbst in dem Falle einer unrichtigen Proceß-Entscheidung nicht ein; denn der Zwang, welcher hier dem Einzelwillen des Unterliegenden entgegensteht, ist kein grundsätzlich, überhaupt kein formell widerrechtlicher, sondern lediglich die — wenn gleich im einzelnen Falle materiell unrichtige und verletzende — Anwendung der allgemeinen Ordnung, auf welcher der gesammte äußere Rechtszustand beruht. Grundsätzlich und formell widerrechtlich ist nur willkührlicher Zwang, welchen der Einzelwille gegen den Einzelwillen ausübt; nicht der Zwang des Staates in solchen Verhältnissen, über welche er nothwendig ausschließlich die Entscheidung im Falle des Streites zu geben hat, und in welchen daher von dieser Entscheidung an auch nur ihr Inhalt formell als Recht des einzelnen Falles gilt und gelten kann (vergl. auch unten S. 308 ff.).

Dagegen ist grundsätzliche Rechtswidrigkeit, Verbrechen vorhanden, wo der Civilproceß gegen sein Wesen nur zum Schein in der oben bezeichneten Richtung benützt wird. Dieß gilt unbestrittener Maaßen da, wo Jemand einen (angeblichen) Beweis fälschlich und im Bewußtsein der Unwahrheit führt, um unwahre Thatsachen als wahr darzustellen, — nach Umständen aber auch sonst bei Lügen, welche im Civilprocesse zu dem Zwecke vorgebracht werden, einen ungerechten Anspruch durchzusetzen oder sich einem gerechten zu entziehen [1]). Denn auch da, wo kein falscher Beweis unternommen wird, ist es hier recht wohl denkbar, daß die Unterwerfung unter den Proceßgang ebenso bloßer Schein ist und das allgemeine Wesen jedes bürgerlichen Rechtsverfahrens ebenso verletzt, wie die rechtswidrige Täuschung des Einzelnen den Willen desselben

1) Geib im N. A. 1840. S. 201 will bloße Lügen im Civilprocesse straflos gelassen wissen. Dieß ist auch gewiß richtig; nur darf man dann diejenigen Lügen, welche die obige Richtung haben, nicht zu den bloßen Lügen zählen, und Dieß ist wohl auch Geib's Sinne gemäß, wie sich aus dem von ihm beigefügten Grunde ergiebt. Denn wo mittelst der Lüge die bloße Form eines rechtlichen Kampfes gegen das Wesen desselben mißbraucht wird, kann nicht durch das letztere Straflosigkeit begründet werden.

ungeachtet der scheinbaren Uebereinstimmung mit ihm [1]). — Zum Wesen des Civilprocesses gehört, daß die Thatsachen, auf welche das Urtheil gestützt wird, entweder wirklich (materiell) wahr, oder durch den übereinstimmenden Willen der Partieen, beziehungsweise durch rechtskräftiges Urtheil mit der Wirkung bekleidet sind, zwischen ihnen als wahr zu gelten. Weiter, als auf das Letztere, geht auch im Civilprocesse seinem Wesen nach der Formalismus in der hierher gehörigen Beziehung nicht; nur durch die angeführten Wirkungen des Verzichtsprincips und der Rechtskraft unterscheidet sich die in ihm geforderte Wahrheit, als insoweit bloß formelle, von der materiellen Wahrheit. Dem Wesen des Civilprocesses gemäß soll die letztere entscheiden, soweit nicht jene beiden Abweichungen eingreifen [2]), und es widerstreitet diesem Wesen, wenn die Entscheidung durch solche thatsächliche Behauptungen wenigstens mit bestimmt wird, welche bloß von einer Partie im Bewußtsein der Unwahrheit aufgestellt sind, ohne einen von den angeführten inneren Rechtfertigungsgründen der bloß formellen Wahrheit für sich zu haben. Dieser Erfolg aber kann recht wohl eintreten; denn es kommt sehr häufig vor, daß die thatsächlichen Behauptungen der Partieen die „für die Entscheidung wirklich bestimmenden Motive" nicht bloß in Anregung bringen, sondern wirklich

---

1) Es ist deßhalb nicht allgemein richtig, daß der dolus, welcher sich noch dem gesetzlichen Formengange des Processes unterwerfe, die sittliche Nothwendigkeit immer noch anerkenne und deßhalb nicht als crimineller dolus bezeichnet werden dürfe, — wie Köstlin in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIV. S. 344, 345 behauptet. Denn wo jene Anerkennung eine bloß formelle, gegen das Wesen der „sittlichen Nothwendigkeit" gerichtete ist, da ist sie ebensosehr wirklicher, materieller Gegensatz gegen die letztere, wie sonst bei der verbrecherischen Täuschung.

2) Dieß ergiebt sich für das positive Recht sowohl aus der Beschaffenheit der civilprocessualischen Beweisregeln, welche — soweit nicht durch das Verzichts-Princip Abweichungen begründet sind — sich nach den Gesetzen der materialen Wahrheit richten, als aus den römischen Privatstrafen für das Lügen im Processe. — Eine oben nicht berührte weitere Ausnahme von der Uebereinstimmung der im Civilprocesse geforderten formellen Wahrheit mit der materialen begründet das Ungehorsamsverfahren; aber auch diese Abweichung, welche sich gleichfalls auf das Verzichts-Princip stützt, berührt den Gegenstand unserer Frage nicht.

mit „determiniren“ [1]). Die (in unserem Falle unwahre) Behauptung, sei dieselbe nun eine positive oder ein Abläugnen, giebt in der That überall den Ausschlag, wo sie dem Gegner seine wirksame Rechtsverfolgung unmöglich macht, und Dieß geschieht dadurch, daß sie ihn in die Lage bringt, zur Durchsetzung seines Rechtes einer Beweisführung zu bedürfen, welche er nach den Umständen des einzelnen Falles nicht liefern kann. Freilich muß hier nach den formellen Regeln des Civilprocesses zunächst gegen den Beweisfälligen entschieden werden: aber gerade Dieß wird hier durch die rechtswidrige Benützung der bloßen Form gegen das innere Wesen des Processes, durch ein Verbrechen herbeigeführt, und eben dieses Verbrechen begründet seinerseits wieder auch den Anspruch auf Wiederherstellung des Privatrechtes.

Weiter in's Einzelne kann die Erörterung dieses Gegenstandes hier nicht verfolgt werden; die vorstehenden Bemerkungen aber hielt ich für nothwendig, um den Sinn, in welchem ich den Grundsatz verstehe, bestimmt hervortreten zu lassen, und namentlich gegenüber der Ausführung Köstlin's sicher zu stellen, welcher die Lügen im Civilprocesse allgemein für straflos erklärt, woferne nicht das Falsche als wahr zu beweisen unternommen werde (s. die angef. Zeitschr. S. 342—345).

III. Ein Verbrechen kann endlich noch dadurch begangen werden, daß es die allgemein sittlichen und religiösen Grundbedingungen eines vernunftgemäßen Gemeinzustandes in ihrer rechtlichen Bedeutung verletzt. Die sittlichen Gemeinschaften der Ehe und Familie, deßgleichen

---

1) Man kann deßhalb den Satz Köstlin's nicht als richtig ansehen, daß Lügen im Civilprocesse darum „ohne rechtliche Folge bleiben“ sollen, weil „durch bloße Behauptungen, die in einem Rechtsstreite vorgebracht werden, Niemand sich bestimmen zu lassen brauche und nach den Regeln des Rechts auch Niemand sich bestimmen lassen dürfe, vielmehr Jeder wisse und wissen müße, daß durch solche Behauptungen die für die Entscheidung wirklich bestimmenden Motive nur in Anregung gebracht, nicht aber mit irgend einer Sicherheit determinirt werden.“ Abgesehen nämlich davon, daß das Letztere nicht allgemein richtig ist, kommt es nicht darauf an, ob die betreffende „Determination“ mit Sicherheit erwartet werden, sondern nur darauf, ob sie in Wirklichkeit eintreten kann; dann schon ist das oben Gesagte durchaus anwendbar.

die Religion und die religiöse Gemeinschaft (Kirche) haben zwar den Schwerpunkt ihres Wesens nicht im Rechte, sondern in ihrem anderweitigen, rein innerlichen Berufe: die Ehe und Familie in ihrer moralischen Seite, die Kirche im Verhältnisse des Menschen zu Gott. Da sie sich aber ihrer Natur nach in bestimmten Gestaltungen verwirklichen, welche den äußeren Lebensverhältnissen der Menschen angehören, so sind sie ebendarum auch in dieser ihrer rechtlichen Seite äußerlich verletzbar, und es gehört daher zur Aufgabe des Rechtes, solchen Verletzungen als Rechtsstörungen entgegenzuwirken. Zu den Grundlagen des sittlichen Gemeinzustandes überhaupt und deßhalb auch des Rechtszustandes gehört es, daß das Wesen jener sittlichen und religiösen Mächte sich in ungestörter äußerer Verwirklichung darstellen könne, also in der Möglichkeit hievon nicht verletzt werde. Letzteres aber geschieht, wenn jene Mächte als etwas in jener äußeren Verwirklichung überhaupt nicht Berechtigtes auf eine solche Weise behandelt werden, welche in den äußeren Gesammtzustand der Menschen eingreift: also jedenfalls bei allen öffentlichen Handlungen, welche jene Richtung haben — z. B. bei Gotteslästerung und Unzucht im Falle eines öffentlichen Aergernisses — ferner bei Verletzung der natürlichen und sittlichen Gesetze, durch welche die vernunftgemäße äußere (rechtliche) Ordnung der geschlechtlichen und Familienverhältnisse bedingt ist (also bei Blutschande und bei mehrfacher Ehe); endlich in solchen Fällen, wo massenhaftes Umsichgreifen von Lastern die physischen und sittlichen Kräfte, auf welchen die Möglichkeit jedes vernünftigen Gemeinzustandes, auch in seiner rechtlichen Seite, beruht, im ganzen Volke oder in einem Theile desselben erschüttert und zu verzehren droht.

Zwar hält Feuerbach (Revision Th. II. S. 227) auch einen Staat von lauter Sodomiten für denkbar; allein diese Denkbarkeit ist eben bloß eine abstract logische: von rechtlicher Ordnung der Familienverhältnisse, ja von einigermaaßen dauerndem Bestande des Staates selbst könnte hier in Wirklichkeit nicht die Rede sein. Jedenfalls aber ließe ja ein solcher Staat, welcher die Sodomie (oder auch die Gotteslästerung) offen ungestraft treiben ließe, ein wesentliches Stück der allgemeinen Rechtsordnung unerfüllt: nämlich die Wahrung der Unverletzlichkeit oder (negativen) Achtung, welche der Sittlichkeit überhaupt (und der Religion) im äußeren Gemeinzustande rechtlich gebührt, und bei welcher die bürgerliche Gesellschaft, sowie jedes einzelne Glied

derselben, vermöge der allgemein sittlichen und religiösen Bedürfnisse betheiligt ist.

Die Sittlichkeits- und Religionsverbrechen sind also unter den angegebenen Bedingungen wahre, und zwar grundsätzliche Rechtsverletzungen. Als Träger des verletzten Rechtes erscheinen dabei theils der Staat selbst, theils die bürgerliche Gesellschaft, theils die Familie.

Ich vermag daher der Ansicht, welche Berner im N. Archive 1849. S. 442 ff. und jetzt auch wieder in seinem Lehrb. S. 102, 103 aufgestellt hat, nicht beizutreten. Namentlich aber stützt sich der hier hervortretende Zusammenhang der Moral und Religion einerseits mit dem Recht und Staat andererseits keineswegs bloß auf die Unvollkommenheit des endlichen Staates, sondern auf das allgemeine Wesen eines Organismus, in welchem — und zwar im sittlichen ebenso, wie im natürlichen — die einzelnen Theile und Kräfte nicht in abstracter Trennung, sondern in innerlicher Verbindung und Wechselwirkung stehen. Eben Dieß macht das eigenthümliche Wesen des lebendigen Organismus aus, dessen Verständniß die logische Abstraction zwar voraussetzt, aber von ihr nicht erschöpft wird. Es ist daher nicht richtig, die Vollendung des Staates als solchen in die (unerreichbare) Abstraction von Religion und Sitte seiner Angehörigen zu setzen, wie Dieß Berner S. 103 thut. Nur der Verstand trennt; im Leben ist Alles in Wechselwirkung verbunden, und Dieß in Bezug auf das Wesen des Rechtes und Staates zu erfassen, gehört, wie ich glaube, zu den höchsten Aufgaben der Rechtsphilosophie.

Keiner Ausführung bedarf, daß unsittliche und irreligiöse Handlungen auch als Verletzungen subjectiver Rechte, welche bestimmten, einzelnen (concreten) Personen — z. B. einem bestimmten Ehegatten, den Mitgliedern einer bestimmten Religionsgenossenschaft — zustehen, also aus dem Gesichtspunkte der obigen Ziffer I. Verbrechen sein können.

B) Die Verletzung der unter lit. A. bezeichneten Kräfte, Anstalten u. s. w. ist insoferne Verbrechen, als durch dieselben das Bestehen der Rechtsordnung als solchen überhaupt, oder in einer bestimmten Beziehung bedingt wird. Denn eben deßhalb ist das Verbrechen Verletzung des betreffenden Rechtes nicht bloß in einer einzelnen Anwendung, sondern in seiner Allgemeinheit, und Dieß macht das Wesen des Verbrechens aus. Daher gehören nicht zu den Verbrechen alle diejenigen Verletzungen, welche überhaupt nicht rechtswidrig sind (wie z. B. namentlich die in Rechtsvertheidigung

zugefügten), oder doch keine grundsätzliche Rechtswidrigkeit in sich schließen. Letzteres ist schon oben S. XX. auf den Fall angewendet worden, daß der Beschädigte in die Beschädigung einwilligt; aus einem anderen Grunde aber trifft es bei solchen Verletzungen zu, welche im Nothstande verübt werden. — Wo nämlich eine Verletzung fremden Rechtes das einzige Mittel ist, durch welches der Thäter sein eigenes, ebenso wichtiges oder noch wichtigeres Recht retten kann und rettet, da ist jene Verletzung sowohl in objectiver, als in subjectiver Beziehung nicht grundsätzliches Unrecht, nicht Verbrechen. Liegt in ihr auch gleich ein eigenmächtiger Zwang gegen den Rechtswillen, so ist doch der letztere hier nur als Wille des Einzelnen verletzt. Die Beziehung dieser Verletzung auf den Rechtszustand im Ganzen ergiebt keine größere Beeinträchtigung des letzteren, als diejenige, welche ohne jene Verletzung unausbleiblich eingetreten wäre. Eine (und zwar keine geringere) Aenderung des Zustandes, welcher dem Rechte gemäß besteht, würde ja jedenfalls, ohne Zuthun des Handelnden, erfolgen; ein (subjectives) Recht ist jedenfalls verloren. Es hat also jene Verletzung nur die Wirkung, daß die ohnehin unausbleibliche Veränderung an einem anderen Punkte des Gesammt-Zustandes, an dem subjectiven Rechte einer anderen Person eintritt, und die Verletzung dieser Person in ihrem Rechtswillen ist nicht grundsätzliche Verletzung des Rechtswillens überhaupt; denn ebenso sehr, als sie den fremden verletzt, ist sie die einzige hier mögliche Geltendmachung und Erhaltung des eigenen durch Rettung seines Gegenstandes. Wer im Nothstande zur Rettung seines Lebens einen Anderen tödtet, verletzt nur dessen besonderes Recht, nicht das allgemeine Recht auf Leben als allgemeines. Denn ein Leben ist ja jedenfalls verloren, und die Handlung enthält nicht in sich den verbrecherischen Grundsatz (das „Gesetz" — Hegel a. a. O. §. 100), die Anerkennung des allgemeinen Rechtes auf Leben zu verneinen, sondern den, dieses Recht innerhalb der Kollision zwischen zwei gleichberechtigten, in ihm begründeten Befugnissen geltend zu machen. Allein zu dieser Geltendmachung mit Verletzung eines Andern sind bei gleichen Rechten eben nur der Berechtigte selbst oder seine nächsten Angehörigen, nicht auch Dritte befugt; anders z. B. bei Kollision des Lebens mit dem bloßen Eigenthum, wo ein anderer, schon von Hegel und seinen juristischen Nachfolgern geltend gemachter Gesichtspunkt eintritt (s. Hegel's Rechtsphilosophie §. 127).

Aber von diesem letzteren Gesichtspunkte wird, wie die vorstehende Begründung zeigt und wie auch Berner, Lehrb. S. 128. Z. 2 anerkennt, die rechtliche Behandlung des Nothstandes nicht erschöpft.

Wenn es mir nun im Bisherigen gelungen ist, das Wesen des grundsätzlichen Unrechtes darzustellen, so liegt eben in dieser Ausführung zugleich der Grund davon, daß gerade dieses Unrecht, und nur es, das strafbare ist; denn Strafe ist ein Leiden, welches die zur Verwirklichung des Rechtes berufene Gemeinschaft um der allgemeinen Rechtsordnung selbst willen (im unmittelbaren rechtlichen Interesse der Gesammtheit) dem Einzelwillen wegen der von ihm in einer Handlung geäußerten Rechtswidrigkeit zufügt. — S. u. S. 7, 10. — Das strafbare Unrecht muß daher ein solches sein, dessen Repression um der allgemeinen Rechtsordnung selbst willen zu geschehen hat, also dasjenige, welches die Rechtsordnung als solche, in ihren Grundlagen, nicht bloß die Rechte Einzelner verletzt, und Dieß ist eben das bisher geschilderte grundsätzliche Unrecht.

Daß nur dieses das criminelle, jedes andere (wirkliche) Unrecht bloß bürgerliches ist, zeigt sich darin, daß die bloße rechtliche Anordnung der äußeren subjectiven Rechte und Rechtsverhältnisse (insbesondere Entschädigung) zwar zur Wiederaufhebung des letzteren, nicht aber zu der des ersteren genügt. Vergl. unten S. 6—12 [1]).

---

1) Die Bemerkung, welche dort S. 6 zu Anm. 1 gemacht ist, gilt natürlich nicht gegenüber von Berner's Standpunkte in derjenigen Auffassung, welche jetzt auf S. 99 seines Lehrbuches dargelegt ist. Doch kann ich mich nicht von der Ueberzeugung trennen, daß zur Wissenschaft nicht bloß ihre dogmatische Darstellung in der daselbst bezeichneten Methode gehöre, sondern auch die Untersuchung, welche — mit analytischer Benützung unseres gesammten empirischen Stoffes — auf die allgemeinen Begriffe und ihr richtiges Verständniß erst hinführt.

Aber von diesem höchsten Gesichtspunkte wird, wie die vorstehende Begründung zeigt und wie auch Wetzell, Syst. S. 133. N. 2 erkennt, die neuere Behandlung des Nothstandes nicht angesehen.

Wenig es mir nun im Vorstehenden gelungen ist, das Wesen des gemeinschädlichen Unrechts darzustellen, so liegt eben in dieser Ausführung zugleich der Grund davon, daß gerade dieses Unrecht, und nur es, das [illegible] Gebiet der Strafe ist, ein Gebiet, welches die zur Verantwortung des [illegible] [illegible] Gemeinschaft und der [illegible] Rechtsordnung selbst gestellten [illegible] Interesse der Gesammtheit oder [illegible] [illegible] [illegible] in einer Gemeinschaft [illegible] [illegible] [illegible]. — S. a. S. 7, 10. — Das [illegible] Unrecht muß daher ein solches sein, welches [illegible] um der [illegible] Rechtsordnung selbst willen zu [illegible] hat, wie dasjenige, welches die Rechtsordnung als solche in ihren Grundlagen, nicht bloß die Rechte Einzelner verletzt, und dieß ist eben das bisher geschilderte gemeinschädliche Unrecht.

Daß aber dieses das eigentliche, jedes andere (nur civile) Unrecht [illegible] ist, zeigt sich darin, daß die bloße [illegible] [illegible] der äußeren subjectiven Rechte und Rechtsverhältnisse [illegible] [illegible], nur zur [illegible] der [illegible], nicht aber zu der des [illegible] genügt. Vergl. unten S. 64—124.

1) Die Bemerkung, welche oben S. 6 in Anm. 1 gemacht ist, gilt natürlich nicht gegenüber den Berner's Grundsätzen, in [illegible] Auflage, welche jetzt auf S. 38 seines Lehrbuches vorgetragen ist. Doch kann ich mich nicht von der Ueberzeugung trennen, daß zur Wissenschaft nicht bloß das bequemliche Darstellen in der [illegible] [illegible] Weise gehört, sondern auch die Untersuchung, welche die [illegible] Begründung unseres gesammten [illegible] Stoffes und die allgemeinen Begriffe uns [illegible] [illegible] [illegible].

I.

Der Streit über die Todesstrafe,

in seiner Entscheidung durch die neuesten deutschen Gesetzgebungen, insbesondere das württembergische Gesetz vom 17. Juni 1853.

§. 1.

Der Streit über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe ist von jeher in der engsten Verbindung mit den Strafrechtstheorieen gestanden; ja die Erörterungen, welche sich mit den letzteren beschäftigen und lange Zeit den ersten Platz in der Wissenschaft des Strafrechtes eingenommen haben, sind eigentlich zunächst von dem Kampfe ausgegangen, welcher in Beziehung auf die erstgenannte, dem praktischen Felde der Gesetzgebung angehörende Frage zwischen den verschiedenen Schulen entbrannt war.

Es wird wohl heut zu Tage, zumal seit J. H. Fichte's neuester Darstellung der kantischen Rechts- und Sittenlehre [1]), als unbestreitbar betrachtet werden dürfen, daß die gesammte neuere Entwicklung der deutschen Rechtsphilosophie als ihre Grundlage die Schöpfungen anzuerkennen hat, welche bei Kant aus dem innersten Wesen seiner Philosophie auf diesem Gebiete entsprungen sind. Und Kant gerade selbst hat den tiefen

---

1) J. H. Fichte, System der Ethik, Bd. I. (erster, kritischer Theil) S. 51–79.

Grundgedanken seines Systems in der Anwendung auf die Strafe aus Veranlassung des Streites, welchen er mit Beccaria über die Todesstrafe führte, ausgesprochen: „Recht und Strafe beruhen nicht“ (wie die romanischen Theorieen lehren) „auf einer willkürlichen Vereinigung der Einzelnen (nicht auf einem Acte des homo phaenomenon), sondern auf der reinen, rechtlich-gesetzgebenden Vernunft; diese wohnt allen Einzelnen als ihr Wesen inne (homo noumenon), schreibt aber denselben zugleich — unabhängig von ihrem subjectiven Belieben — Gesetze vor, welche jeder Einzelne eben darum als heilig und unverbrüchlich anerkennen muß, weil sie durch sein eigenes Wesen, das er sich zum Bewußtsein bringen kann und soll, geboten sind“ [1]).

---

1) So lege ich die wichtige Stelle aus, welche sich in Kant's „metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“ S. 232—233 der zweiten Auflage (Königsberg 1798) findet, und auf deren große Bedeutung neuestens wieder Köstlin, System des deutschen Strafrechtes Bd. I. S. 392 Anm. 5 mit vollem Recht aufmerksam gemacht hat. Der Ansicht Köstlin's, daß Kant hier gegen die Rechtfertigung der Strafe aus dem Staatsvertrage eifere, kann ich nicht beitreten; vielmehr beweisen Kant's Worte, namentlich der Satz:

„Wenn ich ein Strafgesetz gegen mich als einen Verbrecher abfasse, so ist es in mir die reine, rechtlich gesetzgebende Vernunft (homo noumenon), die mich als einen des Verbrechens fähigen, folglich als eine andere Person (homo phaenomenon) sammt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft,“

daß hier das Strafgesetz als im Inhalte des Staatsbürgervertrages begriffen aufgefaßt, aber wie der letztere überhaupt, aus der allgemeinen Vernunft, nicht aus der willkürlichen Festsetzung der Einzelnen abgeleitet wird.

In der angeführten Stelle Köstlin's scheint wenigstens theilweise die Ansicht zu Grunde zu liegen, welche sich auch sonst bei ihm ausgesprochen findet (s. z. B. Neue Revision S. 1, 2, 22—25) — wenn auch freilich nicht immer ohne wichtige Einschränkungen und Zugeständnisse (s. System S. 75, verglichen mit der Neuen Revision S. 32 u., 33 oben; Neue Revision S. 807. System S. 403) — daß im Grunde die richtige Konsequenz

Dieser Gedanke geht mit Nothwendigkeit aus Kants Principien der praktischen Philosophie hervor und ist auch keineswegs von seinen großen Jüngern Fichte, Grolman und Feuerbach abgewiesen worden. Wohl aber hat der größte Theil der Freunde und der Feinde die Worte, welche jenen Gedanken enthalten und die richtigen Konsequenzen selbst, welche auf ihn führen mußten, übersehen oder nicht verstanden: und daher rühren denn die irrigen Vorstellungen, welche namentlich die juristischen Schriftsteller häufig von der kantischen Philosophie haben.

Es stimmt durchaus mit Kant's Grundprincipien, welche in dem kritischen Theile seiner Philosophie niedergelegt sind, zusammen, daß die rechtliche Zwangsbefugniß überhaupt, und so auch die Strafe, ihren letzten Grund nicht in einem beliebigen, äußerlich eingegangenen Vertrage, sondern im Wesen der Vernunft, der Freiheit selbst hat.

---

der kantischen Philosophie auf die Ableitung des Rechtes und der Strafe aus der willkürlichen Vereinigung der Einzelnen (der **volonté de tous** im Gegensatze zur **volonté générale**) führe. Diese Auffassung scheint mir durch Kant's Hauptwerke wiederlegt zu sein; einer näheren Ausführung hierüber aber kann ich mich um so mehr enthalten, als dieselbe schon von J. H. Fichte an der oben Anm. 1 angeführten Stelle seiner Ethik vollständig und unwidersprechlich gegeben ist.

Auch die „ächten Jünger des kantischen Geistes" haben den Meister hierin recht wohl verstanden, und sind ihm beigetreten. S. Fichte's d. Ä. Naturrecht, Einleitung, und Theil II. S. 23—26 (über die Bedeutung des Staatsbürgervertrages, aus welchem er die Strafe insbesondere ableitet). — Die Stelle, mit welcher Köstlin (N. Revis. S. 1 Anm.) darthun will, daß auch Feuerbach zwischen Kant's Aussprüchen über das Strafrecht und den Principien seiner Philosophie einen Widerspruch gefunden habe, beweist gerade das Gegentheil. Denn die einzigen Worte, auf welche Köstlin sich berufen könnte („aber freilich — Kant scheint sich schon selbst überlebt zu haben!"—), sind, wie der Zusammenhang und die Vergleichung mit Feuerbach's sonstiger Art von Kant zu reden (s. Köstlin selbst, Neue Revision S. 809) zeigen, ironisch gemeint).

Das Unrecht, insbesondere also das Verbrechen, erscheint jenen Grundprincipien gemäß in der kantischen Philosophie schon von vorne herein als das Unvernünftige, als das, was nicht bestehen darf und gegen welches eben um des Rechtes willen und nach dem Begriffe des Rechtes Zwang gestattet und geboten ist [1]; schon bei Kant begegnen wir also demselben (freilich an sich sehr einfachen) Gedanken, für welchen nach ihm die Rechtsphilosophie die Formel „Nichtigkeit des Unrechts" aufgestellt hat.

Diese Grundlagen, welchen auch J. G. Fichte, Feuerbach und Grolman treu geblieben sind [2], genügten aber freilich an sich noch nicht zur positiven Deduction der Strafe, und so warf man denn die Frage auf, warum gerade diese, besonders geeigenschaftete Art des Zwanges gegenüber von Verbrechen eintreten müße [3]. Diese Frage nun ist das Problem, an dessen Lösung seitdem die Philosophie des Strafrechtes in Deutschland gearbeitet hat, und welchem insbesondere die verschiedenen sogenannten relativen Theorieen ihre Entstehung verdanken.

Je nachdem man sich für diesen oder jenen Gesichtspunkt entschied, aus welchem die Strafe aufzufassen sei, ergaben sich

---

1) Kant, metaphysische Anfangsgründe, Einleitung S. XXXV. §. D. — s. jetzt auch Köstlin System S. 75 (vergl. mit der N. Revision S. 32—33).

2) Feuerbach, Revision Th. I. S. 8—24, 31, 36—39; Lehrbuch §. 36; Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft S. 1—12. In Beziehung auf Fichte ergibt sich dasselbe schon durch den Sinn, welchen der Staatsbürgervertrag bei ihm hat, in Verbindung mit seiner Strafrechtstheorie. Ueber Grolman's Theorie s. auch Wächter, im 2ten Hefte der Schletter'schen Jahrbücher (Bd. I. 1855).

3) s. die in Anm. 2 angef. Stellen Feuerbach's und Grolman's, ferner Grolman, über die Begründung des Strafrechtes S. 3—54.

denn auch für die Gesetzgebung die Folgerungen in Beziehung auf die Arten und das Maaß derselben und namentlich gieng man in den Berathungen über die Beibehaltung, beziehungsweise Wiedereinführung der Todesstrafe immer wieder auf die Erörterungen über den Rechtsgrund und Zweck der Strafe überhaupt zurück.

Ich halte es daher schon zur Gewinnung des richtigen Standpunktes, aus welchem diese gesetzgeberischen Verhandlungen betrachtet werden müßen, für nothwendig, einen Blick auf das Verhältniß zu werfen, in welchem die Frage der Todesstrafe zu den Grundgedanken der heutigen deutschen Strafrechtswissenschaft steht; indessen werde ich mich in dieser oft abgehandelten Frage begnügen können, meine eigene Ansicht kurz auszusprechen und die so vielfach schon dargestellten und wechselseitig sich bekämpfenden Begründungen Anderer zu übergehen.

Auch meine eigene Auffassung des Verbrechens und der Strafe überhaupt kann ich hier nicht näher begründen; vielleicht bietet sich hiezu an einem andern Orte später Gelegenheit. Im folgenden § soll also nicht eine vollständige Strafrechtstheorie entwickelt, sondern es sollen nur diejenigen Momente, welche das Verhältniß der Philosophie zur Wahl der Strafarten bestimmen, angegeben und kurz begründet werden.

§. 2.

Die Grundlage, von welcher die neuere Philosophie des Strafrechtes in der That — sie mag Dieß zugeben oder verläugnen — ausgeht, ist die im ersten §. dargestellte, welche sich auf die kantischen Principien stützt und bei richtigem Verständniß schon aus Kant's eigenen Worten herauszulesen ist. Nun fragt es sich aber: wie kommen wir dazu, gegen eine gewisse Art des Unrechtes gerade Strafen zu verhängen?

oder — was auf ein übereinstimmendes materielles Ergebniß führen muß —: wie beschaffen muß derjenige rechtliche Zwang sein, welcher gegen Verbrechen, diese besondere Art des Unrechtes, ausgeübt werden darf und soll? Die Beantwortung dieser Fragen wird uns eine analytische Lösung des Problem's geben, von welchem schon oben, S. 4, die Rede war.

Nun bin ich überzeugt, daß unser Bewußtsein, welches die Vorstellung der Strafe schon im Gefühle vorfindet, diesen analytischen Weg geht: wenn wir uns aufrichtig prüfen, so finden wir, daß unser Bewußtsein nicht leer ist und aus abstracten Begriffen dialektisch construirt, sondern in der That den Stoff verarbeitet, welchen ihm die innere und äußere Erfahrung darbietet. Unser Denken über die Sache ist zugleich Denken der Sache selbst, und wenn man demselben schon ein anderes, höheres Denken der Sache selbst hat entgegensetzen wollen [1]), so beruht dieß, wie ich wenigstens nicht anders glauben kann, auf Selbsttäuschung.

So mag denn unsere Untersuchung, wie die Mathematiker thun und wie gerade in der vorliegenden rechtsphilosophischen Frage von Feuerbach und Grolman geschehen ist, gleichfalls den analytischen Weg gehen, und wir legen daher die Vorstellung der Strafe — vorläufig als eine gegebene — zu Grunde. Diese Vorstellung läutert sich uns zu dem Begriffe: „die Strafe ist ein Leiden [2]), welches einem vernünf-

---

1) wie z. B. Berner Theilnahme am Verbrechen S. 3—14. s. gegen die dialektische Methode jetzt auch Möller, Kritik des Strafmaaßes, S. 8. 9.

2) Neuestens hat wieder Temme in seinem so eben (1855) erschienenen Werke über das schweizerische Strafrecht S. 233 die Strafe als ein „Uebel" definirt: allein ohne die triftigen Gründe, welche gegen diese Bezeichnung schon längst nicht bloß — wie er meint — vom Standpunkte der Moral („Sittlichkeit"), sondern von dem des Rechtes vorgebracht

tigen Wesen mit Zwang angethan wird wegen eines von diesem Wesen begangenen Unrechtes; aber nicht jedes solche Leiden ist Strafe, sondern nur dasjenige, welches über die bloße Anordnung der äußeren, subjectiven Rechte (von welcher die Entschädigung nur eine Unterart ist [1]), hinausgeht." Diese letztere Beschränkung, welche schon in der Vorstellung und im Begriffe „Strafe" liegt, führt uns sogleich zu der Frage: wie beschaffen muß ein Unrecht sein, gegen welches die bloße Anordnung der äußeren, subjectiven Rechte (die bloße Entschädigung insbesondere) nicht genügt? Offenbar ein solches, welches nicht bloß in der Verletzung subjectiver Rechte besteht, sondern noch etwas Weiteres, dem Rechte Entgegengesetztes enthält. Worin besteht nun aber dieses Weitere? Betrachten wir die einzelnen Arten des Unrechtes, so finden wir zwischen ihnen den durchgreifenden Unterschied: die einen bewegen sich innerhalb der Ordnung, welche das Recht selbst für seine Verwirklichung aufstellt; hiebei läßt es der Handelnde lediglich darauf ankommen, daß die Mittel, vermöge deren die äußere Rechtsordnung aufrecht erhalten wird, gegen ihn gebraucht werden: er unterwirft sich offen und aufrichtig dem Ausspruche und der Vollstreckung des Rechtes, welche durch das bürgerliche Gericht erfolgen.

---

worden sind, zu widerlegen. Höchstens könnte man sagen: die Strafe erscheint (wenigstens der Regel nach) dem Verbrecher als Uebel; allein der Ausdruck „Leiden" ist passender, da er beiderlei Auffassungen — sowohl die des Staates, als die des Verbrechers — zugleich bezeichnet.

1) Zu allgemein spricht Köstlin System S. 2 (§. 3) von der Entschädigung („Vergütung des gestifteten Schadens") als der einzigen Wiederherstellung des bürgerlichen Unrechtes. Vielmehr gehört hierher auch Zurückgabe der widerrechtlich entzogenen Sache, Zahlung einer Schuld durch den Gegenstand derselben, Anordnung streitiger Besitzverhältnisse u. s. w. — lauter Dinge, die der Sprachgebrauch wohl nicht als Vergütung des gestifteten Schadens bezeichnen wird.

Ein Solcher befindet sich bloß im bürgerlichen Unrecht [1]).

---

1) Dabei macht es keinen Unterschied, ob der im bürgerlichen Unrecht Befindliche das Mittel des Civil-Prozesses (als Kläger) selbst in Bewegung setzt, oder ob er es darauf ankommen läßt, daß es gegen ihn (als Beklagten) angewendet werde.

Nicht beizutreten vermag ich der Ansicht Hegel's (Rechtsphilos. §. 86) und J. U. Wirth's (System der spekulativen Ethik, Bd. II. 274, 280, 282), daß es bei dem Gegensatze des bürgerlichen und criminellen Unrechtes auf das Bewußtsein des Gegensatzes gegen das Recht ankomme. Dieß ist theils zu eng, theils zu weit. Mancher Prozessirende ist sich seines Unrechtes wohl bewußt, aber darum kein Verbrecher (nach der Hegel'schen Ansicht wären z. B. die Mitglieder eines Steuercollegiums, welches gegen seine eigene Ansicht über die Auslegung des Prioritäts-Gesetzes für eine bestimmte Abgabeforderung, welche in die letzte Klasse gehört, in einem Gant ein Vorzugsrecht — vielleicht ein solches, das nach der (unrichtigen) Ansicht des entscheidenden Gerichtes begründet ist — in Anspruch nimmt, eben hiedurch unter allen Umständen Verbrecher).

Andererseits braucht nur daran erinnert zu werden, daß es ja auch fahrläßige Verbrechen gibt, deren Begriff nicht bloß das positive Recht, sondern auch die Rechtsphilosophie anerkennt.

Auch Köstlin nähert sich noch der Hegel'schen Ansicht, tritt jedoch — wie sein Zusatz zum §. 2 zeigt — derselben nur mit einer sehr wichtigen Einschränkung bei; sein Recensent im litterarischen Central-Blatte, der freilich in dieser Frage materiell Recht hat, hätte daher seine Angriffe besser gegen Hegel gerichtet.

Die obige Bemerkung wird auch zur Widerlegung der Luden'schen Ansicht genügen, welche das Wesen des bürgerlichen Unrechtes im Gegensatze vom Verbrechen darin findet, daß eine Verletzung gegen den Willen des Verletzenden zugefügt werde.

An Hegel scheint sich auch Berner (im Neuen Archiv 1849 S. 466—491) anzuschließen; wenigstens deutet hierauf sein Beispiel vom blauen und rothen Himmel hin, welches offenbar dem Hegel'schen Beispiele von der rothen und nicht rothen Rose (Rechtsphilosophie §. 86 Zusatz) nachgebildet ist.

Dagegen ist es materiell richtig, wenn gewöhnlich das bürgerliche Unrecht als dasjenige bezeichnet worden ist, zu dessen Aufhebung der Entschädigungszwang, worunter man überhaupt die äußere rechtliche Anordnung der gestörten subjectiven Rechte verstand, genüge. Hiedurch wird aber,

Andere dagegen richten den Angriff geradezu auf die allgemeinen Grundlagen der äußeren Rechtsordnung überhaupt, indem sie sich mit Eigenmacht gegen dieselbe auflehnen, sei es mit physischer Gewalt, oder mit Benützung einer augenblicklichen intellectuellen Uebermacht zur rechtswidrigen Täuschung Anderer (Betrug), bei welcher das Recht zwar zum Scheine beobachtet, aber in seinem Wesen angegriffen wird.

Gleichgültig ist, ob diese Auflehnung gegen die Grundlagen der Rechtsordnung in einem unmittelbaren Eingriff in die Rechtssphäre Anderer besteht, oder ob sie dadurch geschieht, daß der bürgerliche Proceß zum Scheine, gegen das Wesen desselben angewendet (der Richter über Thatsachen getäuscht, bestochen oder gezwungen) wird. Immer liegt hier eine Eigenmacht vor, mit welcher der vernunftwidrige Wille die allgemeinen Schranken überschreitet, von deren Achtung das ganze äußere Bestehen der Rechtsordnung abhängt und gegen deren Ueberschreitung die bloße Wiederherstellung der gestörten äußern Verhältnisse nicht genügen kann: wir haben es hier also stets mit einer Störung der allgemeinen äußeren Rechtsordnung selbst in ihrem Bestehen, mit einem grundsätzlichen, principiellen Angriff auf das Recht überhaupt zu thun [1]).

Einen solchen Angriff nennen wir Verbrechen.

Jedes Verbrechen enthält also einen Zwang gegen das ungehemmte Bestehen der allgemeinen Rechtsordnung, eine frevelhafte Ueberhebung des Einzelwillens über die Bedingungen des vernünftigen Zusammenlebens überhaupt.

---

wie schon Köstlin (Neue Revision S. 30) bemerkt hat, der Gegensatz der Verbrechen und des bürgerlichen Unrechtes nicht in seinem Wesen, sondern bloß in einer äußeren Folge aus demselben bezeichnet.

1) Nicht jede Täuschung (in'sbesondere des Richters) ist Verbrechen. S. die Vorrede.

Dieser Zwang nun muß um des allgemeinen Rechtes willen überwunden, gebrochen werden, und Dieß ist die Aufgabe des Staates, als des überhaupt zur Verwirklichung des Rechtes berufenen Organismus.

Das Mittel zur Ueberwindung jenes Zwanges aber kann kein anderes sein, als ein demselben entgegengesetzter Zwang, und zwar ein solcher, dessen wesentliche Bedeutung und Richtung gerade die ist, ein Zwang gegen den Verbrecher zu sein, der von dem Verbrechen gehofften Lust ein Leiden, der Ueberhebung des Einzelwillens Demüthigung und Ueberwindung entgegenzusetzen. Diese Art des Zwanges ist die Strafe, deren obige, bloß negative Bestimmung eben hiemit positiven Inhalt bekommen hat.

Jede andere Art rechtlichen Zwanges hat einen Zweck, der bei ihr das Wesentliche ist und den Zwang selbst entbehrlich machte, wenn er auch ohne denselben zu erreichen wäre (z. B. Sicherung gegen Geisteskranke; Zurückgabe des widerrechtlich Entzogenen, Entschädigung u. s. w. gegenüber dem bürgerlichen Unrechte): die Strafe allein hat bloß die wesentliche Bedeutung, Zwang gegen den Einzelwillen zu sein, denselben zu bändigen, zu überwältigen; hierin aber sind zugleich ihre Zwecke mit eingeschlossen: die Zwecke der Strafe sind in ihrem allgemeinen Wesen mit gesetzt, sind nichts Anderes, als die einzelnen Seiten ihres Wesens, und schließen sich in der Totalität des letzteren, in der Verwirklichung des Rechtes gegenüber dem Verbrechen als solchen zusammen.

Diese Verwirklichung des Rechtes aber vollzieht sich nach zwei Richtungen: einerseits in der gesetzlichen Drohung, in welcher die Strafe möglichen Verbrechen entgegengesetzt ist und ebendamit die wirkliche Verübung derselben durch Wirkung

auf das Begehrungs-Vermögen Aller [1]) zu verhindern sucht: von der anderen Seite in der Vollziehung, welche gegenüber von wirklich begangenen Verbrechen das in seinem äußeren Bestehen verletzte Recht durch Manifestation seiner Majestät, durch Bändigung des widerrechtlichen Willens (Abschreckung, Besserung oder doch mindestens Sicherung) zur äußeren Geltung bringt, und ebendamit die verletzte Rechtsordnung wiederherstellt.

Im Wesen der Strafe liegt die erste Richtung ebensowohl, wie die zweite; denn im Wesen des Rechts, welches sie verwirklichen soll, ist schon von selbst die Forderung begründet, daß es die ungestörte allgemeine Herrschaft haben, daß seine äußere Ordnung ungehemmt bestehen solle: seine Verwirklichung also liegt ebensosehr in der Erhaltung der bestehenden, wie in der Wiederherstellung der verletzten Ordnung, ja, diese beiden Richtungen lassen sich praktisch in der Gesetzgebung gar nicht trennen, wie sie denn auch in der That von jedem Gesetzgeber beide — wenn auch nicht immer gleichmäßig — beachtet werden. Der Umstand, daß die Sorge für Erhaltung des Rechtes da, wo es sich bloß um diese handelt, der Polizei (oder nach Mohl der Präventiv-Justiz) gebührt, ist kein Grund, diese Rücksicht vom Wesen der Strafe auszuschließen, deren Unterschied von der bloßen Sicherstellung eben darin besteht, daß sie außer derselben noch etwas Weiteres (die Wiederherstellung des wirklich verletzten Rechtes) enthält.

Es kann daher keine Strafe als widerrechtlich angesehen werden, welche zur Erhaltung der äußeren Rechtsordnung nothwendig ist; dem Staate darf — eben um des Rechtes

1) Feuerbach, Revision I. S. 40 ff. Möller, Kritik des Strafmaaßes, S. 45. Aber die Abschreckung erschöpft nicht das Wesen der Strafe, wie auch Möller wieder behauptet.

willen — keine Straf-Art entzogen werden, deren Fehlen im Rechtssysteme die Folge hätte, daß der Staat seine Verpflichtung, das Recht zu erhalten, weniger erfüllen könnte, als er es vermöchte, wenn er im Besitze jenes Strafmittels wäre.

Hiedurch rechtfertigt sich denn auch die Rücksicht, welche jeder Gesetzgeber darauf nimmt, daß seine Strafen durch ihre Androhung von Verbrechen abhalten sollen.

§. 3.

Welche Strafen nothwendig und darum zuläßig seien, läßt sich nicht a priori im Allgemeinen entscheiden; hier müßen die jeweiligen besonderen Verhältnisse, also die Erfahrung maaßgebend sein.

Insbesondere also kann die Philosophie die Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe nicht allgemein, sondern nur für diejenigen Zeiten und Völker behaupten, bei welchen jene Strafe entbehrlich ist, d. h. auch ohne sie die Herrschaft des Rechtes, die Erhaltung seiner äußeren Ordnung gegen drohende Angriffe und die Wiederherstellung dieser Ordnung aus ihrer Verletzung ebensowohl verwirklicht werden können. Dieß folgt eben aus dem Princip der deutschen Rechtsphilosophie, welche das Recht überall in den Vordergrund stellt und das Wohl des Verbrechers nur insoweit, als es dem Rechte nicht widerspricht, beachten kann.

Daß gegen die Todesstrafe große Bedenken obwalten — größere, als gegen irgend eine andere, h. z. T. bei gebildeten Völkern noch übliche Strafart, bestreitet Niemand; allein jene Bedenken müssen zurückstehen, wo ihre Berücksichtigung dem allgemeinen Rechtszustande der Gesammtheit widerstritte; und selbst das gewichtigste unter ihnen, die absolute Unmöglichkeit eines Ersatzes für den unschuldigen Bestraften, beweist **höchstens** so Viel, daß jene Strafe nur in Fällen ganz unzweifelhaften

Beweises (wohin freilich nicht jeder sog. directe, wohl aber auch mancher Indicienbeweis gehört) angewendet und zu diesem Zwecke mit besonderen prozessualischen Garantieen umgeben werden solle. Denn wollte man weiter gehen und einwenden, jede denkbare Garantie sei trügerisch, kein Beweis gebe volle materielle Gewißheit, so wäre dieß ein Skeptizismus, dem der Staat sich nie hingeben darf, wo er dadurch an Erfüllung seiner unerläßlichen Pflicht — im vorliegenden Falle der Aufgabe das Recht zu verwirklichen, gehindert würde. Wo aber zur Erfüllung dieser Aufgabe die Todesstrafe nicht unerläßlich nothwendig ist, da soll auch der Staat darauf verzichten, sich ihrer zu bedienen.

Auch die Einwendung, welche von J. U. Wirth und Köstlin auf dem Boden ihrer Strafrechtstheorie erhoben worden ist, beweist die Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe wohl nicht allgemein, sondern nur für die Völker, Zeiten und Verbrechen, bei welchen sie entbehrlich ist.

Jene Einwendung geht nämlich in ihrer neuesten, von Köstlin (System S. 446) aufgestellten Fassung dahin: man müße, wenn man dem Hegel'schen Princip und dem Begriffe der Strafe als eines Zwanges gegen den Willen des Verbrechers, sowie dem andern Fundamentalsatze, daß für den Staat das Leben mit der Persönlichkeit zusammenfalle, getreu bleiben wolle, das Leben ganz aus der Reihe der Strafmittel streichen, da jedes Verbrechen, auch das tiefste, nur eine bestimmte Handlung sei, in der sich niemals die gesammte Subjektivität als gänzlich, auch der Potenz nach, dem Vernunftwillen entgegengesetzte, unheilbar böse, preisgebe (näher ausgeführt ist dieß von Wirth, System der Ethik II. S. 331—336). Allein das Hegel'sche Princip führt doch wohl darauf, daß der Verbrecher durch seine That auf alle die Rechte verzichtet habe, deren Aufhebung an ihm zur Auf-

hebung der von ihm ausgegangenen Verletzung nothwendig sei (s. Hegel's Rechtsphilosophie §. 100).

Geht man einmal hievon aus, so liegt in diesem Princip kein genügender Grund, das Recht des Lebens auszunehmen; denn das Leben ist, wie auch Köstlin S. 102 (im Gegensatze zu Abegg, Untersuchungen S. 63) es auffaßt, in der That ein Recht, und kann also vom Verbrecher selbst durch das Verbrechen verwirkt werden.

In der That ist es daher vom Standpunkte der Hegel'schen Lehre aus ganz folgerichtig, hier den Satz anzuwenden, dessen Richtigkeit an sich auch von Köstlin nicht bestritten wird, daß das Leben keinen absoluten Werth einer sittlichen Idee gegenüber hat, und daß daher, wenn die betreffende Idee eine solche ist, deren Verwirklichung dem Staat als Pflicht obliegt, der Staat das Recht hat, das Opfer des Lebens zu fordern. Köstlin giebt Dieß nur für den Fall zu, daß der Zweck dieses Opfers die Vertheidigung des Vaterlandes sei, und bestreitet, daß der Staat dasselbe Recht auch behufs der Sühnung von Verbrechen habe: allein in dieser Allgemeinheit ohne hinreichenden Grund; denn die Verwirklichung der Rechtsidee ist ja die erste Aufgabe des Staates, und es muß daher der letztere da, wo der Erfahrung nach zu der Lösung dieser Aufgabe die Todesstrafe unentbehrlich ist, zur Anwendung dieser Strafe berechtigt und verpflichtet sein.

So giebt denn die Philosophie auch für diese Frage (wie für so viele) nur ein Princip an die Hand, dessen Anwendung je nach der Verschiedenheit der Verhältnisse auf verschiedene Ergebnisse führen muß, und hiemit sehen wir uns für die Entscheidung der Frage auf den Boden der Erfahrung hinübergeführt.

Die deutsche Philosophie gebietet nicht, die Herrschaft des Rechtes preis zu geben, wo sie mit der Todesstrafe erhalten

werden könnte; sie macht überhaupt nicht den Anspruch, mit Sätzen, welche für alle Völker und Zeiten dieselben wären und daher schlechthin allgemeine Anerkennung zu fordern hätten, den ganzen Inhalt des Rechtes auszufüllen, sondern sie erkennt die reichen, in Geschichte und Leben gegebenen Gestaltungen als berechtigt an und giebt nur die Maximen an die Hand, nach welchen dieser Stoff weiter verarbeitet, nach welchen die einzelnen auftauchenden Fragen folgerichtig und den Verhältnissen gemäß gelöst werden sollen.

Ebensowenig aber, wie die unbedingte Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe behauptet werden kann, läßt sich auf der entgegengesetzten Seite aus philosophischen Gründen darthun, daß bestimmte Verbrechen, z. B. der Mord, nothwendig und allgemein mit jener Strafe bedroht und geahndet werden müssen. Dieß ist, namentlich gegenüber von den auf die Forderung materieller Wiedervergeltung (Wiedervergeltung nach spezifischer Gleichheit oder Talion) gestützten Beweisführungen Kant's und Hegel's von Wirth (Ethik II. S. 332—333) und Köstlin (System S. 444—445) in überzeugender Weise dargethan worden.

Allein, sobald man das Prinzip der reinen Talion, welches spezifische Gleichheit der Strafe mit dem begangenen Verbrechen will, aufgiebt, wird man — wie ich glaube — folgerichtig auf die Frage geführt: ob denn überhaupt die Größe des begangenen Verbrechens — sei es auch nach dem Verhältnisse der ideellen Gleichheit, nach der Gleichheit des Werthes — zum einzigen Maaßstabe für die Art und Größe der Strafe gemacht werden, ob denn ausschließlich bloß der einen Seite der Strafe, ihrer Beziehung auf die Vergangenheit, praktische Folgen gegeben werden sollen.

Es ist hier nicht der Ort, auszuführen, auf welche eigenthümlichen, von der bisherigen Auffassung aller Gesetzgebungen

abweichenden Konsequenzen die Festhaltung dieser einseitigen Betrachtungsweise durch das ganze System der einzelnen Verbrechen hindurch führen müßte.

J. U. Wirth selbst war keineswegs gemeint, die Wahl der Strafarten bloß durch das begangene Verbrechen an sich bestimmen zu wollen, vielmehr erkennt er in dieser Frage diejenigen Gesichtspunkte als richtig an, welche „z. B. dem württembergischen Strafgesetzbuche zu Grunde liegen" (s. u. §. 4) und unter welchen er neben anderen namentlich die Gemeingefährlichkeit des Willens hervorhebt. Geht man aber einmal so weit, so scheint mir kein genügender Grund vorzuliegen, welcher eine Ausnahme für (oder vielmehr gegen) die Todesstrafe rechtfertigte.

Vielmehr kann ganz im Allgemeinen gesagt werden: es giebt überhaupt kein **allgemeines** Verhältniß, nach welchem der Werth der Strafe durch einen entsprechenden Werth des Verbrechens **a priori** bestimmt würde; die einzige Brücke, welche von der Skala der Verbrechen auf die Skala der Strafen hinüberführt, kann nur aus dem Stoffe errichtet werden, welchen die Erfahrung, namentlich über Bildungsstufe, Sittenzustand, Ansichten des bestimmten Volkes darbietet. Dieß gilt denn doch zum Mindesten für die Spitze der Strafen; es ist willkürlich, als solche unbedingt, a priori z. B. lebenslängliche Freiheitsstrafe zu bezeichnen. Bei der Wahl der schwersten Strafe muß die Gesetzgebung dem Wesen der Strafe gemäß sich durch die gedoppelte Rücksicht vornämlich bestimmen lassen: welche Strafe ist am Meisten geeignet, von den schwersten Verbrechen abzuhalten und zugleich (dieß darf freilich nicht vergessen werden) die größte Störung der äußeren Rechtsordnung als aufgehoben darzustellen? — Die Beantwortung

dieser Frage aber kann nicht a priori gegeben werden; man kann die Todesstrafe insbesondere weder allgemein verwerfen, noch allgemein, für jede Gesetzgebung fordern: zulässig aber und geboten ist jene Strafe überall da, wo aus den bei einem bestimmten Volke und in einer bestimmten Zeit sich ergebenden Erfahrungen darauf geschlossen werden muß, daß sie eine namhafte Verminderung der Verbrechen bewirken werde und daß sie zugleich nach dem reinen Stande der öffentlichen Meinung (d. h. nicht etwa nach einer vorübergehenden, aufgeregten Stimmung des Volkes, sondern nach der konsolidirten Ueberzeugung der Urtheilsfähigen, also namentlich der Gebildeten unter demselben) als das einzige hinreichende Mittel zur Aufhebung des verübten Unrechtes, als der einzige genügende Zwang gegen den Willen des Verbrechers, gegenüber der frevelhaft geäußerten Unvernunft und Eigenmacht betrachtet werde.

Die Erfahrung wird überall ergeben, daß diese zwei Momente auf's Innigste zusammenhangen und bei jedem einzelnen Volke, in jeder bestimmten Zeit entweder beide fehlen, oder vereint vorhanden sein werden.

Sie sind es auch, welche sich als bestimmend für die neueste deutsche Gesetzgebung gezeigt haben, und so ist denn namentlich in dem Begleitungsvortrage des württembergischen Justizministers zu dem Gesetzes-Entwurfe über Wiedereinführung der Todesstrafe (1852) ihre Bedeutung ganz richtig aufgefaßt und bezeichnet (s. u. §. 9).

Indem nun im Folgenden die neueste Entwicklung des deutschen Strafrechts in Beziehung auf unsere Frage dargestellt werden soll, so lege ich dabei die mir am nächsten stehende Geschichte der württembergischen Gesetzgebung als den leitenden Faden zu Grunde. Sie eignet sich hiezu ganz vorzugsweise schon aus inneren Gründen, namentlich darum, weil sie reiches statistisches Material zur Beurtheilung der Frage

darbietet, ob sich von der Todesstrafe eine Verminderung der Verbrechen erwarten lasse.

Uebrigens huldige ich auch im Allgemeinen in Beziehung auf die Art und Weise, wie die heutigen Partikularrechte von der Wissenschaft des Strafrechts bearbeitet werden sollen, ganz den Ansichten, welche hierüber Wächter neuestens wieder im zweiten Hefte der Schletter'schen Jahrbücher von 1855 ausgesprochen hat.

§. 4.

Das württembergische Strafgesetzbuch von 1839 hat, gleich den sämmtlichen anderen deutschen Gesetzbüchern, die Todesstrafe beibehalten.

Mit seinen Bestimmungen hierüber beschäftigt sich eine besondere Abhandlung von Hepp „über Mißbrauch der Todesstrafe", welche im neuen Archive von 1847 (S. 461—520) und von 1848 (S. 130—179) niedergelegt ist.

Das Strafgesetzbuch hat die Todesstrafe in einer ziemlich langen Reihe von Fällen gedroht; indessen hoffe ich, durch die folgende Darstellung zeigen zu können, daß es den übermäßigen Tadel, welcher ihm deßhalb zu Theil geworden ist, nicht verdient hat.

Man hat diesem Gesetzeswerke oft — auch in der Ständeversammlung — sowohl im Allgemeinen, als gerade in Beziehung auf die Frage, welche uns gegenwärtig beschäftigt, vorgeworfen, es huldige einer alles Recht zerstörenden Abschreckungstheorie, durch welche es sich zu Widersprüchen und Ungerechtigkeiten, zu willkürlichen, blutigen, drakonischen Bestimmungen verleiten lasse. An derartigem Tadel reich ist denn nun namentlich die so eben angeführte Abhandlung Hepp's.

Dieß ist vor Allem dahin zu berichtigen, daß die Theorie,

welcher das Gesetzbuch vorzugsweise folgt, nicht die eigentliche Abschreckungstheorie, sondern die Lehre des psychischen Zwanges, also Feuerbach's Ansicht ist. Dieß sagen auch die Motive zu dem Entwurfe des Strafgesetzbuches (Stuttgart 1835) S. 6—7 ausdrücklich und auf's Bestimmteste.

Indessen mag diese Bemerkung gegenüber von Hepp und anderen rechtsgelehrten Tadlern des Gesetzbuches als bloße Berichtigung eines Wortes gelten; in der Sache selbst wird wohl keine Meinungsverschiedenheit bestehen.

Ferner aber ist das württembergische Strafgesetzbuch, wie überhaupt [1]), so auch in dieser Frage keineswegs ausschließlich von der Rücksicht auf den psychischen Zwang geleitet worden.

Es mag hier — zumal da Dieß für die Vergleichung mit dem neuesten Stande der Gesetzgebung Interesse hat — gestattet sein, einen Blick auf die Gründe zu werfen, durch welche die württembergische Gesetzgebung im Jahre 1838 zur Beibehaltung der Todesstrafe bestimmt worden ist.

Wir begegnen hier vor Allem den beiden Erwägungen, welche auch in anderen Staaten, z. B. neuestens wieder im Großherzogthume Hessen [2]) und im Königreiche Sachsen [3]), bei

---

1) Hierüber war sich der württembergische Gesetzgeber vollkommen klar. Die Motive sagen an der oben angeführten Stelle (S. 7): es sei dem Entwurfe keine der verschiedenen Strafrechtstheorieen ausschließlich zu Grunde gelegt worden; zwar sei der psychische Zwang, welchen die Androhung eines Strafübels auf die Gemüther übe, als ein besonders wirksames Mittel, um von Verbrechen abzuhalten, anerkannt, daneben seien aber die anderen Strafzwecke (die der unmittelbaren Abschreckung, der Prävention und der Besserung) von dem Plane des Gesetzbuches nicht ausgeschlossen worden.

2) s. Bopp's Abhandlung über die Wiedereinführung der Todesstrafe im Großherzogthum Hessen, im Neuen Archiv des Criminalrechtes 1855. S. 407, 412—413, 421, 427, 430.

3) Krug's Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855, 1. Abtheilung (Leipzig 1855). S. 16.

der Berathung unserer Frage den Ausschlag gegeben haben: daß jene Strafart zur Erhaltung der Rechtsordnung nothwendig sei, und daß das Rechtsgefühl des Volkes sie fordere.

Die Motive der Staatsregierung zu dem württembergischen Entwurfe von 1835 sprechen sich hierüber in edler, leidenschaftsloser Sprache aus. Sie verweisen zwar die Untersuchung über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe in die Rechtsphilosophie und sind der Ansicht, daß die Unentbehrlichkeit dieser Strafart noch zur Zeit als ein Postulat der Gesetzgebung betrachtet werden müsse: andererseits aber erklären sie es für sehr wünschenswerth, „eine Strafe beseitigen zu können, welche jede Möglichkeit der moralischen Besserung und jede Reparation eines etwaigen richterlichen Fehlgriffes ausschließe." Als feststehend gilt ihnen übrigens die allgemeine Ueberzeugung, daß der dermalige Stand der Civilisation diese Garantie für die Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft noch nicht entbehren könne, und daß die Zeit erst noch zu erwarten sei, wo andere gleich wirksame Strafmittel gefunden, oder die Strafanstalten auf einen höheren Grad der Vollkommenheit gebracht werden.

Die Kommission, welche den Entwurf für die Berathung der Abgeordnetenkammer zu begutachten hatte, schloß sich in ihrer Mehrheit dem Vorschlage und der Begründung der Staatsregierung an [1]). Nur der Berichterstatter, Obertribunalprokurator Schott, war gegentheiliger Ansicht; übrigens wurde sein Vortrag, welcher die ganze Masse der für und

---

1) Der Bericht dieser Kommission über den Entwurf des Strafgesetzbuches ist 1837 in Kommission der J. B. Metzler'schen Buchhandlung zu Stuttgart erschienen. Als „Beilage" sind ihm solche Erörterungen angehängt, welche keine Anträge der Kommission zur Folge hatten. Im Gegensatze zu den nachträglichen Berichten, welche dieselbe Kommission während des Landtages von 1838 über einzelne Fragen zu erstatten hatte, wird jener, schon 1837 erschienene Bericht als „Hauptbericht" bezeichnet.

gegen die Todesstrafe schon geltend gemachten Gründe nach Anleitung der Hepp'schen Schrift über die Todesstrafe (Tübingen 1835) übersichtlich zusammenstellte, den Beilagen zum Hauptberichte der Kommission (S. 8—21) einverleibt.

Die Mehrheit der Kommission faßte ihr Urtheil in den Satz zusammen, sie habe die Gründe, welche gegen die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe angeführt werden, als vollkommen widerlegt erfunden und keinen Augenblick in ihrer Ueberzeugung gewankt, daß in dem Rechtsgefühle der großen Mehrzahl unseres Volkes die Todesstrafe als die für schwere, gegen das Leben Anderer gerichtete Verbrechen rechtmäßige und nothwendige Strafe, noch zur Zeit fest wurzle, und daß die gänzliche Abschaffung derselben dieses Rechtsgefühl tief verletzen würde.

Jedoch erschien auch der Kommission die Abschaffung dieser Strafart als ein wünschenswerthes Ziel, welches die Gesetzgebung vielleicht in Zukunft werde erreichen können.

Die Kommission stimmte in letzterer Beziehung der Ansicht bei, welche bei der Begutachtung des Kriminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen die Deputation der dortigen ersten Kammer und auf den Vorschlag derselben die Ständeversammlung in dem besonderen Antrage niedergelegt hatte, daß die Staatsregierung diesen Gegenstand fortwährend im Auge behalten, und, wenn die neue Gesetzgebung und die übrigen neuen Einrichtungen eine Verminderung der Verbrechen und insbesondere der bisher mit dem Tode bedrohten Verbrechen hervorbringen sollten, auf der eingeschlagenen Bahn allmählig fortschreiten möge, damit bei gemachten günstigen Erfahrungen vielleicht dereinst die, allen Menschenfreunden erwünschte Abschaffung der Todesstrafe erfolgen könne. (Landtagsacten des Königreichs Sachsen vom Jahre 1836/37. I. Abtheilung, 3. Band

S. 531. 532. s. auch Krug, Kommentar zu dem sächsischen Strafgesetzbuche von **1855.** S. 15—16.)

Ein gleicher Antrag wurde von der Kommission der württembergischen zweiten Kammer nur deßhalb nicht gestellt, weil nach der Art, wie sich die Staatsregierung in den Motiven über die Todesstrafe geäußert habe, nicht zu bezweifeln sei, daß sie selbst sich eben dieses Ziel bereits gesetzt habe. (Beilage zum Haupt-Berichte S. 21—22.)

In den Berathungen der Kammern selbst wurden keine neuen, erheblichen Gründe für die Todesstrafe geltend gemacht. Die Beibehaltung derselben wurde von der Kammer der Abgeordneten mit 53 gegen 29 Stimmen, von der Kammer der Standesherren durch Zuruf angenommen. (Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1838. Band I., fünfte Sitzung, S. 74—84, der Kammer der Standesherren von demselben Jahre, Bd. I. S. 318.)

Der allgemeine Satz, welcher in den Verhandlungen wiederholt ausgesprochen wurde, daß die Todesstrafe zur Erhaltung der Rechtsordnung unentbehrlich sei, läßt eine sehr verschiedene Deutung zu; die Meisten mögen dabei vorzugsweise im Auge gehabt haben, daß diese Strafe mehr als eine andere geeignet sei, durch ihre Androhung oder Vollziehung oder durch beide zusammen eine von Verbrechen abhaltende Wirkung hervorzubringen: allein ebensowohl konnten in jenen allgemeinen Worten ganz andere Theorieen, z. B. die der Prävention und die Welcker'sche Theorie, ihren Ausdruck finden: von der ersteren versteht sich Dieß von selbst, und was die letztere betrifft, so ist von ihrem Standpunkte aus die Rechtsordnung doch gewiß nur dann ganz erhalten, wenn der intellectuelle Schaden vollständig, also durch Anwendung der genügenden Strafmittel vergütet wird.

So äußerte denn auch der berühmte Vertheidiger der

Welcker'schen Theorie, Wächter, bei der Begründung seiner Abstimmung:

„Ich habe die Todesstrafe stets moralisch für zulässig und rechtlich und politisch für nothwendig gehalten. Wenn aus Humanität gegen die Todesstrafe gesprochen wird, so scheint mir in dieser Humanität eine große Inhumanität zu liegen, und zwar die größte Inhumanität gegen den friedlichen Bürger, der durch einen Verbrecher auf eine Weise bedroht wird, die kein Mitleid verdient."

Das bisher Ausgeführte beweist wohl hinlänglich, daß das Gesetzbuch sich in unserer Frage keineswegs ausschließlich vom Gesichtspunkte des Abschreckungsprincipes leiten ließ, wie es ihm namentlich Hepp wiederholt zum Vorwurfe gemacht hat.

Wohl aber ist zuzugeben, daß das Gesetzbuch die Androhung der Todesstrafe nicht auf die schwersten Verbrechen beschränkt hat.

Indessen kann man auch hier Hepp's heftigem Tadel um so weniger beitreten, als derselbe sich häufig — wie unten in Beziehung auf einzelne Fälle, z. B. die Vergiftung, näher ausgeführt werden wird — geradezu auf unrichtige Auslegungen des Gesetzbuches stützt.

Ueberdieß war, was den Erfolg betrifft, die Milderung, welche in der Aufhebung der Todesstrafe bei den so häufigen Verbrechen des Kindsmordes und des Todtschlages [1]) lag, viel wichtiger, als auf der anderen Seite die Beibehaltung und Einführung jener Strafart in einer Reihe von Fällen, deren Seltenheit sich schon darin gezeigt hat, daß sie unter der Herrschaft des Strafgesetzbuches gar nicht vorgekommen sind.

---

1) Bei diesen beiden Verbrechen wurde noch bis zur Zeit des Strafgesetzbuches auf Todesstrafe erkannt, wie Knapp, württembergisches Criminalrecht, II. Abtheilung, 1. Heft (1829) S. 232—234, S. 243—244 bezeugt.

Um für die folgende Untersuchung die richtige Grundlage zu gewinnen, halte ich es für nothwendig, die einzelnen Fälle, in welchen das Gesetzbuch die Todesstrafe angedroht hatte, kurz aufzuführen, und es wird gerade in dieser Frage geeignet sein, sich in der Anordnung an den vom Gesetzbuche aufgestellten Unterschied zwischen Staats- und Privatverbrechen anzuschließen. Aus der dritten Verbrechens-Gattung, welche das Strafgesetzbuch diesen beiden entgegensetzt — Vergehungen wider die Pflichten des öffentlichen Dienstes — wird nur ein Fall zur Sprache kommen, und zwar in einem Zusammenhange, vermöge dessen er sich von selbst an eines der Staatsverbrechen anreiht.

§. 5.

Die Staatsverbrechen,

welche das Strafgesetzbuch mit dem Tode geahndet wissen wollte, sind folgende:

I. Hochverrätherischer Angriff.

Das Strafgesetzbuch unterscheidet zwei Stufen des vollendeten Hochverraths: Angriff und Verschwörung. Die letztere ist zwar auch als vollendeter Hochverrath aufgefaßt, aber, als niedrigere Stufe desselben, nur mit Zuchthaus bedroht.

Wie der Hochverrath überhaupt, so hat auch der hochverrätherische Angriff drei mögliche Richtungen: gegen die Person des Regenten, gegen die Selbstständigkeit des Staats und gegen die Staatsverfassung.

1) In der ersteren Richtung sind als hochverrätherisch diejenigen Angriffe bezeichnet, welche darauf abzielen, den König oder Reichsverweser zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindesgewalt zu liefern, oder demselben auf irgend eine Weise die Ausübung der Regierung unmöglich zu machen;

2) Hochverrätherische Angriffe auf die Selbstständigkeit des Staates sind diejenigen, deren Zweck es ist, daß entweder das ganze Königreich einem fremden Staate einverleibt oder unterworfen, oder daß ein Theil seines Gebietes vom Ganzen losgerissen werde;

3) hochverrätherische Angriffe auf die Staatsverfassung endlich sind solche, bei welchen die gewaltsame Abänderung der Verfassung des Königreiches beabsichtigt wird; als Beispiele einer solchen gewaltsamen Verfassungs-Aenderung nennt das Gesetzbuch: Entfernung oder Ausschließung des Regenten von der Regierung, Verdrängung der regierenden Familie, Veränderung der gesetzlichen Thronfolge, Aufhebung der Landstände. (Strafgesetzbuch Art. 140, 141.)

II. Angriffe gegen das Dasein, die Integrität oder die Verfassung des deutschen Bundes.

Diese Handlungen wurden zwar vom Gesetzbuche nicht zum Hochverrathe gerechnet, aber, in Uebereinstimmung mit dem Bundesbeschlusse vom 18. Aug. 1836, unter dieselben Strafdrohungen gestellt wie hochverrätherische Angriffe. St.G.B. Art. 148, Abs. 1.

III. Ein Fall der Majestätsbeleidigung, nämlich körperliche Mißhandlung des Königs (St.G.B. Art. 150 Z. 1) oder Reichsverwesers. (St.G.B. Art. 155).

„Mißhandlung" ist hier sowohl nach dem gemeinen Sprachgebrauche (s. Hufnagel's Kommentar, Band I. S. 368), als nach einer ausdrücklichen Erklärung des zweiten Regierungskommissärs in der 33sten Sitzung der Abgeordnetenkammer von 1838 (Protokoll-Bd. III. S. 13—15) nicht als gleichbedeutend mit Körperverletzung aufzufassen (wie die Kommission der Abgeordnetenkammer in ihrem Hauptberichte S. 198—199 angenommen hatte); vielmehr sind zur Mißhandlung besonders schwere Thätlichkeiten erforderlich (s. Hepp, Kommentar Bd. II. S. 326, 327; Hufnagel, Bd. III. S. 202. — Letzterer

war früher anderer Meinung gewesen (Kommentar Bd. I. S. 368); s. auch Hepp im Neuen Archiv 1847 S. 476—479 [ziemlich schwankend.])

IV. Aufruhr im Falle des Strafgesetzbuches Art. 178 Ziffer 1, und — in den dieser Ziffer entsprechen den Fällen — Meuterei der Gefangenen in Strafanstalten.

Hier ist übrigens die Todestrafe nicht auf das Staatsverbrechen an sich, sondern auf den Zusammenfluß desselben mit gewissen anderen schweren Verbrechen gesetzt.

1) Das Strafgesetzbuch unterscheidet beim Aufruhr drei Stadien, deren schwerstes dadurch begründet wird, daß von der zusammengerotteten Menge wirkliche Gewaltthaten an Personen oder Sachen verübt worden sind. Wäre Dieß geschehen, so sollten nach dem oben angeführten Artikel des Strafgesetzbuches diejenigen Theilnehmer, welche Todtschlag verübt, oder Brandstiftung, Raub oder Nothzucht unter erschwerenden Umständen im Sinne des Art. 378 Ziffer 1—2, des Art. 312 Ziffer 1, und des Art. 295 Ziffer 1 [1]) begangen hätten, mit dem Tode bestraft werden.

---

1) Diese erschwerenden Umstände sind

I. bei der Brandstiftung

1. nach der Ziffer 1 des Artikels 378:

a) daß durch den Brand ein Mensch getödtet oder lebensgefährlich verwundet worden ist, wofern der Thäter diese Folge vorhersehen konnte;

b) daß der Brand in der Absicht gestiftet worden, damit unter Begünstigung desselben vom Brandstifter oder von Anderen ein Mord verübt werde, und zur Begehung dieses Verbrechens wenigstens ein Versuch gemacht worden ist.

2. Nach Ziffer 2. des angeführten Artikels:

a) daß der Verbrecher in Städten, Dörfern und Weilern, an verschiedenen Orten zugleich, Brand gelegt hat, und das Feuer wenigstens an Einem Orte ausgebrochen ist;

b) daß der Brand in der Absicht gestiftet worden, damit unter Be-

Nach allgemeinen Grundsätzen wären — wie schon oben gesagt — die Handlungen solcher Theilnehmer als Zusammenfluß des Aufruhrs mit den genannten anderen Verbrechen zu behandeln; allein das Strafgesetzbuch setzte hier eine Gesammtstrafe fest, in welcher jene anderen Verbrechen schon mitgewürdigt sind und schließt hiedurch die Anwendung der allgemeinen Sätze aus, welche sonst für den Zusammenfluß gelten und bei demselben ein Aufsteigen zur Todesstrafe verbieten (s. Art. 116 Z. 3).

2) Gefangene einer Strafanstalt, welche an einer Meuterei (d. h. an einer Zusammenrottung von Gefangenen zum gewaltsamen Ausbruch oder zu einer Gewalthandlung gegen die Aufseher oder Vorsteher der Anstalt) Theil nehmen, sollen gleich Aufrührern, nach dem in Art. 176—179 festgesetzten (ob. unter 1) theilweise berührten) Unterschiede bestraft werden (Strafgesetzbuch Art. 182); wenn also eine Meuterei bis

---

günstigung desselben Raub oder sonst ein mit schwerer Strafe bedrohtes Verbrechen von dem Brandstifter oder von Anderen verübt werde und zur Begehung eines solchen Verbrechens wenigstens ein Versuch gemacht worden;

c) daß mehrere Wohngebäude in einer Stadt, einem Dorfe oder Weiler eingeäschert worden und der Brandstifter absichtlich eine Zeit, zu welcher die weitere Verbreitung des Feuers wahrscheinlich war, zu Einlegung desselben gewählt, oder, um seine weitere Verbreitung zu bewirken, die Löschmittel entfernt oder unbrauchbar gemacht hatte.

II. Beim Raube:

daß „eine Person in Folge der, ohne die Absicht zu tödten, an ihr verübten Gewalthandlungen das Leben verloren habe, oder, um ihr die Entdeckung verborgener Habseligkeiten abzupressen, körperlich gepeinigt, oder durch die erlittenen Mißhandlungen entweder verstümmelt oder in Lebensgefahr oder in eine Geisteszerrüttung oder Krankheit des Körpers, wobei keine Wiederherstellung zu hoffen, versetzt worden sei“;

III. bei der Nothzucht:

daß der Tod der genothzüchtigten Person durch die erlittene Mißhandlung verursacht worden sei.

zum höchsten Stadium gediehen, d. h. wenn wirkliche Gewaltthaten an Personen oder Sachen erfolgt wären, so hätte diejenigen Theilnehmer, welche Todtschlag verübt, oder Brandstiftung, Raub oder Nothzucht unter den oben S. 26—27 Anm. 1 angeführten erschwerenden Umständen begangen hätten, nach dem Strafgesetzbuche Todesstrafe getroffen.

V. Meineid im Falle des Art. 229 Ziffer 3 a. Ende, sowie — unter derselben Voraussetzung, welche dort angegeben ist — einige anderen Verbrechen.

1) Das württembergische Recht betrachtet es — in Uebereinstimmung mit dem gemeinen — beim Meineid als einen sehr bedeutenden Erschwerungsgrund, wenn die falsche eidliche Aussage in einer Untersuchung über ein Verbrechen in der Absicht gethan worden ist, einen Unschuldigen in Strafe oder einen Schuldigen in schwerere Strafe, als er verschuldet hat, zu bringen. Bei diesen ausgezeichneten Fällen des Meineides nun unterscheidet das Strafgesetzbuch noch weiter, je nachdem derjenige, gegen welchen falsch geschworen worden ist, Strafe erlitten hat, oder nicht; im ersteren Falle war den Zeugen, deren meineidige Aussage die Vollziehung einer Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe zur Folge gehabt hatte, zwanzigjähriges bis lebenslängliches Zuchthaus, und wenn ein Unschuldiger auf falsches eidliches Zeugniß Mehrerer, welche sich zu solchem Zeugnisse mit einander verständigt hatten, den Tod erlitten hatte, Todesstrafe gedroht.

2) Dieselbe Strafe sollte nach Art. 219 Absatz 4 bei Fälschung öffentlicher Urkunden unter den Voraussetzungen eintreten, welche dem so eben angeführten schwersten Falle des Meineides entsprechen; also dann, wenn Mehrere in einer Untersuchung über ein Verbrechen mittelst gemeinsamer Verständigung öffentliche Urkunden gefälscht und hiedurch

die Vollziehung der Todesstrafe an einem Unschuldigen absichtlich herbeigeführt hätten.

3) Ebenso, wie in dem zuletzt genannten Falle wäre auf Todesstrafe zu erkennen gewesen, wenn Mehrere mittelst gemeinsamer Verständigung das so eben genannte Ergebniß dadurch herbeigeführt hätten, daß sie falsche, angeblich öffentliche Urkunden, ohne selbst Urheber der Fälschung zu sein, wissentlich rechtswidrig gebraucht, oder öffentliche Urkunden, namentlich Acten, vernichtet oder unterdrückt hätten.

Denn diese letzteren Handlungen, welche das Strafgesetzbuch nicht unter der eigentlichen Fälschung öffentlicher Urkunden begreift, werden doch innerhalb des für das letztere Verbrechen bestimmten Strafmaaßes geahndet (Strafgesetzbuch Art. 221), müssen also in den Fällen, in welchen die Fälschung öffentlicher Urkunden mit einer absoluten Strafe bedroht ist, gleichfalls dieselbe absolute Strafe nach sich ziehen.

4) Beugung des Rechts soll nach dem Artikel 437 des Strafgesetzbuchs, wenn sie die Vollziehung der Todesstrafe an einem Unschuldigen oder doch minder Strafbaren zur Folge gehabt hat, nach Vorschrift des Art. 228 Ziffer 3 bestraft werden; hiemit war Todesstrafe für den Fall gedroht, daß mehrere Richter sich dazu verständigt hätten, gegen einen Unschuldigen, dessen Unschuld ihnen bekannt war, die Todesstrafe zu erkennen oder willkürlich, ohne ein rechtskräftiges, insbesondere gegen ein lossprechendes Urtheil zu vollziehen.

Nach dem Ausgeführten bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß in den unter V. angeführten Fällen die Todesstrafe vornämlich deshalb gedroht ist, weil in Folge des Verbrechens ein Mensch das Leben verloren hat, daß also die Festsetzung jener Strafe auch hier nicht dem Staats-, beziehungsweise (nach der Eintheilung des Strafgesetzbuches) dem Dienstverbrechen als solchen gilt; daß nicht, weil es sich

um ein gegen den Staat gerichtetes Verbrechen handelt, sondern weil durch dasselbe eine Tödtung beabsichtigt war und eingetreten ist, die höchste Strafe des Gesetzes gedroht ist.

Hiernach fallen diese Handlungen mit ihrem Schwerpunkte unter dieselbe Rücksicht, welche bei den im folgenden §. aufzuführenden Handlungen für die Wahl der Strafart maaßgebend war.

Vorläufig mag hier noch bemerkt werden, daß Hepp im Neuen Archiv 1848 S. 141—151 den Fällen, auf welche die Strafbestimmung des Art. 229 Ziffer 3 am Ende angewendet werden solle, eine viel zu weite Ausdehnung gibt und namentlich auch Fälle der Täuschung bei Amtshandlungen mit Unrecht noch besonders (neben der Fälschung u. s. w. öffentlicher Urkunden) aufführt (S. 145—146).

Hiegegen wird das Erforderliche unten, bei der Darstellung des heutigen Rechtes, bemerkt werden.

§. 6.

Die Privatverbrechen,

für welche das Strafgesetzbuch die Todesstrafe drohte, sind sämmtlich gegen Menschenleben gerichtete Handlungen.

A) Das wichtigste dieser Verbrechen, ja das einzige, für welches nicht bloß seit dem Strafgesetzbuche, sondern überhaupt seit dem Strafedikte von 1824 Todesstrafen vollzogen worden sind, ist der Mord.

Uebrigens tritt nach der eigenthümlichen Bestimmung, welche das Strafgesetzbuch im Art. 235 Absatz 1 über die Vollendung dieses Verbrechens giebt, bei demselben die Todesstrafe auch in solchen Fällen ein, bei welchen nach gemeinem deutschen Rechte zufolge der wohl richtigen, obgleich bestrittenen Ansicht bloßer Versuch anzunehmen gewesen wäre: nämlich

da, wo die vom Verbrecher hervorgebrachte Beschädigung den Tod nicht wirklich herbeigeführt hat, sondern nur herbeigeführt haben würde, wenn derselbe nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre[1]).

B) Neben dem Morde noch besonders herausgehoben ist die Vergiftung; in der That aber ist dieselbe da, wo sie nach dem Strafgesetzbuch mit dem Tode zu bestrafen war, nichts Anderes, als vollendeter, beziehungsweise — in einem Falle des Art. 241 — versuchter Mord. Der Beweis dieser Behauptung welcher die Worte des Strafgesetzbuchs auf den ersten Anblick zu widerstreiten scheinen, wird unten §. 20 litt. A. I. geführt werden.

Auch hier huldigt Hepp (im Neuen Archiv, 1847 S. 502—509) einer zu weiten Auslegung, vermöge welcher er das Gebiet der Todesstrafe sich über die richtigen Gränzen hinaus erstrecken läßt.

C) Ferner reiht sich in dem Abschnitte von der Tödtung ein Fall des Todtschlages an. Es schreibt nämlich Art. 245 vor: „wer, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, um dessen Verübung zu erleichtern oder dasselbe zu vollenden, oder wer, um sich der Ergreifung über einem Verbechen zu entziehen, einen Todtschlag (Art. 243) begeht, soll mit dem Tode bestraft werden."

Diese Bestimmung, welche im Entwurfe des Gesetzbuches von 1835 nicht enthalten gewesen war, verdient in der That jedenfalls wegen ihrer viel zu großen Unbestimmtheit und All-

---

1) Zu eng ist diese abweichende Bestimmung des württ. Rechts gefaßt in Köstlin's System S. 259. In Beziehung auf die im Texte berührte gemein-rechtliche Streitfrage stimme ich im Ergebniß für das deutsche Recht, aber nicht in der Begründnng mit Köstlin und Luden überein. Ich behalte mir für eine der späteren Abhandlungen eine genauere Untersuchung dieser Frage vor.

gemeinheit den Tadel, welchen Hepp im Neuen Archiv 1848 S. 209—220 auf den Grund einer scharfen Zergliederung über sie ausspricht, und ist ein neuer Beleg für den alten Satz, daß es Nichts taugt, sich in der Gesetzgebung durch einzelne Ereignisse leiten zu lassen. Es hat nämlich zu ihrer Aufnahme in das Gesetzbuch ein bestimmtes Verbrechen Veranlassung gegeben, welches während der Berathung des Strafgesetzbuches in Stuttgart verübt worden war (die thatsächlichen Umstände dieses Falles [1]) sind erzählt bei Hufnagel, Kommentar, Bd. II. S. 36—37, und hiernach bei Hepp, Kommentar, Bd. III. Abtheilung 1, S. 135, Anm. 12).

Uebrigens ist hiebei wohl zu beachten, daß nach dem Strafgesetzbuche der Begriff des Todtschlages weit eingeschränkter ist, als nach gemeinem Recht. Das Strafgesetzbuch fordert nämlich zum Todtschlag, daß der Thäter ausdrücklich Tödtung beschlossen habe, und stellt die Fälle des sog. dolus indeterminatus, des bloßen animus nocendi (d. h. diejenigen, bei welchen der Thäter bloß im Allgemeinen wehe thun, beschädigen wollte — ohne an den tödtlichen Erfolg zu denken, aber auch, ohne denselben auszunehmen), unter die durch vorsätzliche Körperverletzung verschuldete Tödtung. [s. Art. 246, 247, sowie den Hauptbericht der von der Kammer der Abgeordneten zur Begutachtung des Entwurfs von 1835 niedergesetzten Commission, S. 301, wo übrigens Feuerbach's Begriff der culpa dolo determinata nicht ganz richtig aufgefaßt zu sein scheint; denn Feuerbach nimmt diesen Begriff keineswegs gleichbedeutend mit dem sog. dolus indeterminatus (s. sein Lehrbuch §. 59. Anm. a, vergl. mit §. 217.)]

---

1) Wenn ich recht unterrichtet bin, ist es derselbe Fall, welchem die Wissenschaft die erste Veranlassung zu Köstlin's Schrift über Mord und Todtschlag verdankt.

D) Endlich bedrohte das Strafgesetzbuch mit dem Tode die Brandstiftung, falls sie unter den am Meisten erschwerenden Umständen begangen wäre.

Es sollte nämlich, wer an Wohnungen oder anderen Aufenthaltsorten von Menschen, oder an solchen „Gebäuden oder Sachen", welche menschlichen Wohnungen und Aufenthaltsorten, nach ihrer Lage, das Feuer mittheilen können, eine vollendete Brandstiftung (d. h. eine solche, in deren Folge das Feuer an den genannten Gegenständen ausgebrochen ist) verübt hätte, mit dem Tode bestraft werden, wenn

a) durch den Brand ein Mensch getödtet oder lebensgefährlich verwundet worden wäre, wofern der Thäter diese Folge vorhersehen konnte;

b) wenn der Brand in der Absicht gestiftet worden, damit unter Begünstigung desselben vom Brandstifter oder von Anderen ein Mord verübt würde, und zur Begehung dieses Verbrechens wenigstens ein Versuch gemacht worden wäre.

In diesen beiden Fällen liegt eigentlich Zusammenfluß der Brandstiftung mit Tödtung, beziehungsweise mit Körperverletzung vor; der Brandstifter wäre nach allgemeinen Grundsätzen im Falle von litt. a neben der ihm zur Last fallenden Brandstiftung noch Urheber eines Mordes oder eines Todtschlages oder einer fahrläßigen Tödtung oder einer lebensgefährlichen Körperverletzung; im Falle von b) entweder Urheber [1]) oder Gehülfe eines vollendeten, beziehungsweise versuchten Mordes.

§. 7.

Es ist schon im Bisherigen bemerkt worden, daß das Strafgesetzbuch die Todesstrafe bei dem Todtschlag in einzelnen

1) Insbesondere etwa als Komplottant oder Anstifter.

Fällen, welche für besonders schwer erachtet wurden (Art. 245), beibehalten hat (s. oben §. 6. litt. C. S. 31—32).

Zu diesen letzteren Fällen kam noch ein weiterer durch das Gesetz in Betreff der gerichtlichen Bestrafung derjenigen, welche den Transport auf Eisenbahnen gefährden, vom 2. Oct. 1845 (Regierungsblatt von 1845, Nr. 44, S. 385—387).

Es sollte nämlich nach Art. 2, vergl. mit Art. 1 dieses Gesetzes derjenige, welcher mit dem Vorsatze, den Tod eines Menschen herbeizuführen, durch eine den Transport auf Eisenbahnen gefährdende Handlung das Leben oder die Gesundheit von Menschen in Gefahr gesetzt hat, alsdann mit dem Tode bestraft werden, wenn in Folge jener Handlung ein Mensch das Leben verloren habe. Hiebei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen Vorbedacht und Affekt, und es fallen daher unter die angeführte Strafdrohung solche Handlungen, welche nach allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätzen als Zusammenfluß von Mord oder Todtschlag mit gemeingefährlicher Sachbeschädigung (Art. 1, Abs. 1) oder mit gewissen anderen gemeingefährlichen Handlungen (Art. 1, Abs. 3) zu betrachten wären.

Für die Fälle, in welchen Tödtung mit Vorbedacht beabsichtigt war, stand die Todesstrafe schon nach dem Strafgesetzbuche fest; denn hier liegt vollendeter Mord vor, an dessen Bestrafung durch die zusammentreffenden Verbrechen Nichts verändert werden konnte, weil nach dem Strafgesetzbuche Art. 9, Absatz 2 (wie schon nach dem Strafedikte von 1824) eine Schärfung der Todesstrafe nicht zulässig war (vergl. auch Art. 117, welcher übrigens nur von dem realen Zusammenfluß handelt, und Art. 123, der sich auf den idealen Zusammenfluß bezieht) [1]. Neu dagegen und eine Ausdehnung

1) St.G.B. Art. 9. „Die Todesstrafe soll öffentlich durch Enthauptung vollzogen werden.

„Eine Schärfung derselben findet nicht Statt."

der Todesstrafe gegenüber von dem früheren Rechte war ihre Androhung für den Zusammenfluß des Todtschlages mit gewissen gemeingefährlichen Handlungen.

Diese Ausdehnung der Todesstrafe hat Hepp in seinen oben angeführten Abhandlungen nicht erwähnt, wie denn überhaupt den neueren, seit dem Strafgesetzbuche erschienenen württembergischen Gesetzen, welche das Strafrecht betreffen, eine öffentliche wissenschaftliche Bearbeitung bis jetzt nicht zu Theil geworden ist.

Es wird sich weiter unten, in §. 20. litt. C. Gelegenheit bieten, dem angeführten Gesetze über die Verbrechen an Eisenbahnen eine nähere Besprechung zu widmen, und ich behalte mir daher vor, an jener späteren Stelle den Text der oben genannten Art. 1 und 2 anzuführen.

§. 8.

Die Bewegung der Jahre 1848 und 1849 führte, wie in einer Reihe von deutschen Staaten, so auch in Württemberg, Abänderungen des Strafrechtes herbei. Die Regierung erachtete eine umfassende Revision der bestehenden Strafgesetze für wünschenswerth.

Erklärung des Staatsraths v. Römer vom 9. Febr. 1849,

St.G.B. Art. 117. „Durch die Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe werden alle andere Strafen wegen concurrirender Verbrechen ausgeschlossen."

St.G.B. Art. 123. „Hat Jemand durch eine Handlung mehrere Strafgesetze, oder dasselbe Strafgesetz gegen verschiedene Personen übertreten, so soll, wenn das Gesetzbuch für einen Fall dieser Art keine besondere Bestimmung enthält, die Strafe der schwersten Uebertretung, jedoch mit angemessener Erhöhung oder Schärfung (Art. 122) angewendet werden." Die „Erhöhung" bezieht sich nur auf solche Strafarten, für welche das Gesetzbuch sowohl im Allgemeinen, als in den einzelnen Fällen ein Minimum und Maximum festsetzt, mithin nur auf relativ bestimmte Strafdrohungen. Die „Schärfung", welche auch auf absolut bestimmte Strafen angewendet werden kann, ist bei der Todesstrafe durch den Art. 9 ausgeschlossen.

in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1849, III. Protokoll-Band S. 1639 (76ste Sitzung Nr. V), und amtlicher Ministerialvortrag ebendas., I. Beilagen-Band S. 351 (Beil. 183).

Da aber eine solche durchgreifende Umgestaltung viele Zeit in Anspruch genommen hätte und damals noch eine allgemeine deutsche Strafgesetzgebung erwartet wurde, so beschränkte man sich auf eine theilweise Aenderung, durch welche das geltende Strafrecht einerseits mit den Grundrechten des deutschen Volkes und andererseits mit den Bedürfnissen der Geschworenen-Gerichte, deren Einführung man beabsichtigte und nicht weiter aufschieben wollte, in Einklang gebracht werden sollte. Dieß war die Hauptaufgabe des Gesetzes vom 13. August 1849; daneben wurde übrigens in dasselbe noch eine Reihe von weiteren, namentlich den Proceß betreffenden Bestimmungen aufgenommen.

An die Spitze des Gesetzes sind die Bestimmungen gestellt, welche durch die in den Grundrechten Art. III. §. 9 ausgesprochene Aufhebung der Todesstrafe bedingt waren.

Eine Berathung darüber, ob die Todesstrafe beizubehalten oder abzuschaffen sei, fand nicht Statt; sie wurde, wie sich später [1]) der Prälat von Mehring ausdrückte, nur in der Stille, ohne Sang und Klang zu Grabe getragen; nachdem das Gesetz, welches ihre Aufhebung verfügte, von der Nationalversammlung beschlossen und vom Reichsverweser verkündigt worden war, wurde weder von Seite der Staatsregierung, noch in der Ständeversammlung die Frage aufgeworfen, ob — etwa nach den in Württemberg gemachten Erfahrungen — die Gründe, welche bei der Berathung des Strafgesetzbuchs für die Beibehaltung jener Strafe entschieden hatten, sich als

1) Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1853, Protokolle Bd. VI. S. 3871.

unstichhaltig erwiesen haben oder doch jetzt hinweggefallen seien. Die württembergische Gesetzgebung ging auch hier folgerichtig von ihrem allgemeinen Grundsatze aus, die von der Reichsgewalt und Nationalversammlung gegebenen, allgemeinen deutschen Gesetze innerhalb Württembergs zur Ausführung zu bringen [1].

So hatte sie denn auch das Reichsgesetz über die Grundrechte noch besonders verkündigt (als Beilage zum Regierungsblatt v. 31. Dec. 1848), und hieraus ergab sich die Aufhebung der Todesstrafe von selbst. Um die Lücke, welche durch den Wegfall dieser Strafart entstand, auszufüllen und die neue Bestimmung mit der Oekonomie des Gesetzbuches wenigstens formell insoweit, als es ohne durchgreifende Umgestaltung der Strafdrohungen möglich war, in Einklang zu bringen, schlug die Regierung vor, an die Stelle der Todesstrafe (Strafgesetzbuch Art. 8. I.; 9) lebenslängliche Zuchthausstrafe; an die Stelle der lebenslänglichen Zuchthausstrafe (Strafgesetzbuch Art. 8, II.; 10) 20—30jährige Zuchthausstrafe zu setzen, und die zeitliche Zuchthausstrafe, welche das Strafgesetzbuch in der Dauer von mindestens fünf und höchstens fünfundzwanzig Jahren gedroht hatte (Art. 11), nicht mehr über 20 Jahre erstrecken zu lassen. (Verh. d. Abg. I. Beil.-Bd. S. 351, erste Spalte unten.)

Hiemit erklärte sich die Abgeordneten-Kammer, welche die ständische Mitwirkung zu diesem Gesetze nach §. 161 der Verfassungsurkunde allein [2]) ausübte, in ihrer Mehrheit einver-

---

1) Ganz aus demselben Gesichtspunkte wurde das die Todesstrafe aufhebende großherzoglich hessische Gesetz vom 11. April 1849 von der Regierung und den Ständen dieses Staates lediglich als Ausführung der in den Grundrechten §. 9 enthaltenen Bestimmung aufgefaßt. Näheres hierüber hat Bopp im Neuen Archiv 1850. S. 208—216; 1855. S. 409 mitgetheilt.

2) Dieser §. der Verfassungsurkunde bestimmt, daß wenn bei Einberufung eines Landtages eine der beiden Kammern nicht in der zur

standen; jedoch wurde einem Antrage der ständischen Kommission und des Berichterstatters (Holzinger) gemäß in Uebereinstimmung mit dem Regierungs-Kommissär folgende veränderte Fassung beschlossen, welche denn auch in das Gesetz aufgenommen worden ist:

„Die nach dem Strafgesetzbuche mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen (Art. 8. I. und Art. 9 des Strafgesetzbuchs) sind mit lebenslänglichem Zuchthause, die mit dieser Strafe bedrohten Verbrechen (Art. 8. II. und Art. 10) aber mit 20 bis 30 Jahren Zuchthaus zu bestrafen. Da wo das Strafgesetzbuch zeitliches Zuchthaus droht, darf diese Strafe nicht über zwanzig Jahre erkannt werden (Art. 11), jedoch unbeschadet der Bestimmungen über Zusammenfluß und Rückfall."

Diese Fassungsänderung hatte den Zweck, bestimmt aus-

Beschlußfähigkeit erforderlichen Anzahl zusammenkomme, diese Kammer als einwilligend in die Beschlüsse der anderen angesehen werde, jedoch es den erschienenen Mitgliedern der unvollzähligen Kammer freistehe, den Sitzungen der andern mit Stimmrecht beizuwohnen.

Nun hatte die Kammer der Standesherren auf dem Landtage von 1848—49 die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Anzahl zwar Anfangs gehabt, aber im Laufe des Mai's 1849 verloren, ohne daß Aussicht auf ihre Wiederergänzung vorhanden war (s. Note des Präsidiums der Kammer der Standesherren, in den Verh. der K. d. Abg., I. Beil.-Heft S. 706), und deßhalb beschloß die Kammer der Abgeordneten, indem sie — gewiß mit Recht — den §. 161 der Verfassungs-Urkunde analog anwandte, am 30. Mai 1849 einstimmig, die Befugnisse der Ständeversammlung allein auszuüben [Protokolle von 1849, V. Bd. S. 4051—4056. (Nr. II. und V)].

Die in Stuttgart anwesenden Mitglieder der Kammer der Standesherren wurden von der Abgeordnetenkammer darauf aufmerksam gemacht, daß es ihnen freistehe, den Verhandlungen der letzteren mit Stimmrecht beizuwohnen, machten jedoch von dieser Befugniß keinen Gebrauch (s. die angef. Protokolle, Bd. V. S. 4097, 4101); und so wurden denn die noch nicht erledigten Gesetzesentwürfe von der Regierung mit der Abgeordnetenkammer allein berathen — darunter auch der oben im Texte angeführte, das Strafrecht betreffende.

zudrücken, „daß die genannten Strafen als in thesi aufgestellt zu betrachten seien"; die Schlußworte „jedoch unbeschadet der Bestimmungen über Zusammenfluß und Rückfall" sollten lediglich dem von dem Regierungskommissär erhobenen Bedenken begegnen, daß, wenn wegen Konkurrenz von Verbrechen oder wegen Rückfalls eine 20 Jahre übersteigende Zuchthausstrafe erkannt werde, in diesen Fällen nicht das Verbrechen selbst bedroht sei, sondern nur der Komplex (Protokoll a. a. O. S. 4314, zweite Spalte; S. 4316, zweite Spalte).

Bei dem Rückfalle war übrigens die Bezeichnung „Komplex" nicht richtig, da es sich hier ja immer nur um die Bestrafung eines, nämlich des neuesten Verbrechens handelt, bei welchem der Rückfall als (subjektiver) Strafschärfungsgrund in Betracht kommt.

Ein Antrag des ritterschaftlichen Abgeordneten, Freiherrn von Ow, auch die lebenslängliche Zuchthausstrafe abzuschaffen und an die Stelle derselben, sowie der Todesstrafe Zuchthausstrafe von 20—30 Jahren zu setzen (s. das angeführte Protokoll S. 4315, erste Spalte) wurde von der Kammer durch Zuruf abgelehnt, nachdem von dem Regierungskommissär bemerkt worden war, daß die Vermischung der bisherigen lebenslänglichen Zuchthausstrafe mit der bisherigen Todesstrafe ein weiterer Eingriff in das immer noch in Gebrauch bleibende Strafsystem wäre und ohne eine durchgreifende Umgestaltung des letzteren zu Inkonsequenzen führen müßte; daß daher Nichts übrig bleibe, als die Strafarten, wie sie das Gesetzbuch aufstelle, wenigstens formell beizubehalten (versteht sich mit Ausnahme der Todesstrafe und der körperlichen Züchtigung).

Von allen Seiten war man darüber einig, daß bedeutende Aenderungen in Beziehung auf die Strafarten wünschenswerth seien; auch war eine gemeinsame deutsche Gesetzgebung damals (19. Juni 1849) gewiß nicht mehr zu erwarten; dessenun-

geachtet aber scheute man sich aus äußeren Gründen, eine vollständige Revision des Strafsystems vorzunehmen: denn der Landtag, welcher mit Arbeiten aller Art wahrhaft überhäuft war, hatte nun schon 9 Monate gedauert und viele Gesetzesentwürfe sahen noch ihrer Erledigung entgegen; man tröstete sich daher damit, daß das neue Gesetz nur eine vorübergehende Wirksamkeit haben, daß in geeigneterer Zeit jenes weitaussehende Werk in die Hand genommen werden sollte. So setzte man denn die lebenslängliche Zuchthausstrafe als diejenige, welche der Todesstrafe am nächsten stand, an die Stelle der letzteren, und schob zwischen sie und die bisherige zeitliche eine 20—30jährige Zuchthausstrafe ein, obwohl der Berichterstatter im Allgemeinen Bedenken über die Zweckmäßigkeit jener lebenslänglichen Freiheitsstrafe äußerte und der Regierungskommissär selbst zugab, daß 20—30jährige und lebenslängliche Zuchthausstrafe am Ende dasselbe sei (denn der Verbrecher halte in der Regel nicht 30 Jahre aus und der Staatsverbrecher werde begnadigt), und daß für einzelne Verbrechen 20—30jährige Zuchthausstrafe ebensowohl angemessen wäre als lebenslängliche (in der letzteren Richtung hatte der Freiherr von Ow namentlich Staatsverbrechen — Hochverrath, Verbrechen gegen das deutsche Reich, körperliche Mißhandlung des Königs und des Reichsverwesers — genannt [s. die angef. Protokolle S. 4315]).

In der That war damals nicht die Zeit zu umfassenden Gesetzgebungs-Arbeiten, welche ein dauerndes Gebäude des Rechts hätten begründen können; die rein politischen Fragen standen im Vordergrund: Ruhe und Interesse für mühsame, langwierige Gesetzgebungswerke konnte nicht erwartet werden. Bezeichnend hiefür ist eine Aeußerung, mit welcher einmal der Berichterstatter der Justizgesetzgebungs-Kommission die unglückliche Fassung eines von derselben ausgegangenen Antrages zu

entschuldigen suchte: der Redner, der jenen Antrag getadelt hatte, würde hier nicht so sehr auf die Form sehen, wenn er wüßte, unter welchen äußeren Umständen dieser Bericht abgefaßt worden sei. Auch das Gesetz selbst trägt — im Gegensatze zu dem so sorgfältig gefaßten Strafgesetzbuche — in seiner Ausdrucksweise und in manchen seiner Bestimmungen den Stempel unverkennbarer Hast: die wichtigen und größtentheils guten Vorschriften des Gesetzbuches über dolus und culpa, Versuch und Vollendung, Urheberschaft und Theilnahme wurden ohne Widerspruch aufgehoben; eingehende Aufmerksamkeit zeigte sich vornämlich nur bei solchen Fragen, welche mit der Politik mehr oder weniger zusammenhiengen.

§. 9.

Die im Jahr 1849 aufgeschobene, umfassende Strafgesetzgebung ist bis jetzt nicht zu Stande gekommen; man beschränkte sich auf diejenigen einzelnen Veränderungen, von welchen man annahm, daß sie durch die Verhältnisse am Dringendsten gefordert werden.

Die Erfahrungen, welche man seit dem Strafgesetzbuche gemacht hatte, wiesen darauf hin, daß durch die Bestimmungen desselben jedenfalls der Zweck, die Verbrechen an Zahl zu vermindern, nicht erreicht worden war; vielmehr hatte gerade in den auf 1849 folgenden Jahren die Zahl der Verurtheilungen wegen schwerer Verbrechen und zugleich die Menge der Gefangenen in den höhern Strafanstalten fortwährend zugenommen.

Da bei den späteren gesetzgeberischen Verhandlungen auf diese Thatsache großes — ja man kann wohl sagen, das entscheidende Gewicht gelegt worden ist, so sei es mir gestattet, die statistischen Nachweisungen, welche hierüber aus amtlichen Quellen gegeben worden sind, näher anzuführen und zu prüfen. Hiemit mag zugleich wenigstens in Beziehung auf Württem-

berg eine Lücke ausgefüllt werden, welche Mittermaier schon im Jahre 1847 der Literatur über die doch so vielfach abgehandelte Frage der Todesstrafe vorgeworfen hat (s. Anm. II. Mittermaier's zu §. 145 von Feuerbach's Lehrbuch in der vierzehnten Auflage desselben).

1) Wenden wir uns zunächst zur Zahl der Zuchthausgefangenen!

Nach einer Mittheilung des Justizministers, Freiherrn von Plessen, in den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1853, Bd. VI. der Protokolle S. 3874, befanden sich in der Verbüßung einer Zuchthausstrafe (d. h. der schwereren von den beiden entehrenden Freiheitsstrafen, welche das württembergische Recht kennt) begriffen:

am 31. December	1841	. . . .	260,
" " "	1842	. . . .	272,
" " "	1843	. . . .	262,
" " "	1844	. . . .	255,
" " "	1845	. . . .	248,
" " "	1846	. . . .	214,
" " "	1847	. . . .	215,
" " "	1848	. . . .	277,
" " "	1849	. . . .	284.

Dagegen

am 31. December	1850	. . . .	347,
" " "	1851	. . . .	431,
am 31. März	1852	. . . .	447,
am 30. Juni	1852	. . . .	454,
am 31. December	1852	. . . .	484,
am 31. Januar	1853	. . . .	487

Personen.

2) Auch die Verurtheilungen wegen schwerer Verbrechen waren in den Jahren 1850 und 1851 viel

zahlreicher geworden, als sie früher gewesen waren. Dieß beweist das amtliche Verzeichniß der Fälle, in welchen seit dem Jahre 1823 Zuchthausstrafe von 10 Jahren oder darüber und Todesstrafe erkannt worden war. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1853, Band I. der Beilagen, S. 849, 850.)

Die Fälle sind in diesem Verzeichnisse chronologisch geordnet, übrigens nicht nach der Verübung der Verbrechen oder nach den Tagen der Erkenntnisse, sondern nach der Zeit, in welcher jedesmal dem Könige der von der Verfassungs-Urkunde §. 97 vorgeschriebene Bericht erstattet wurde.

Die Zahl der Verbrechen, worüber solche Vorträge an den König gebracht wurden, war

im Jahre	im Ganzen	Morde	Mordversuche	Kindsmorde	Kindsmordversuche	Todtschläge	Todtschlagsversuche	Raube	Brandstiftungen
1823	9	2	—	3	—	—	—	2	1
1824	5	1	—	1	—	—	—	1	2
1825	10	1	1	4	—	—	—	—	1
1826	14	2	2	3	1	1	—	—	2
1827	21	5	4	2	3	1	—	1	1
1828	9	1	—	2	—	2	—	1	—
1829	9	2	—	—	1	1	—	1	2
1830	12	2	2	1	3	2	—	—	1
1831	10	1	—	3	2	—	—	—	1
1832	5	1	1	2	4	—	—	—	—
1833	14	1	1	4	1	—	1	—	2
1834	8	2	3	1	4	—	—	—	—
1835	7	—	—	4	2	—	1	1	1
1836	11	—	3	2	3	—	1	1	1
1837	10	—	2	3	3	1	—	—	1
1838	12	—	4	3	7	—	1	—	—
1839	17	2	2	7	7	1	1	—	—
1840	23	3	2	7	3	1	—	2	4
1841	14	3	1	3	1	2	—	2	1

im Jahre	im Ganzen	Morde	Mord-versuche	Kinds-morde	Kinds-mord-versuche	Todt-schläge	Todt-schlags-versuche	Raube	Brand-stiftun-gen
1842	5	1	—	1	—	1	—	—	1
1843	9	3	—	—	—	—	—	1	4
1844	7	1	1	—	1	—	—	—	3
1845	8	2	1	1	—	1	—	—	1
1846	11	—	1	4	—	—	—	—	5
1847	15	2	2	2	—	—	—	—	8
1848	17	4	—	2	—	1	—	—	7
1849	13	3	—	3	—	—	1	—	5
1850	40	4	4	7	—	5	1	3	11
1851	32	2	1	4	—	1	1	—	17

In dieser Tabelle sind — wie schon aus dem oben Gesagten hervorgeht — bei jedem Jahre die Fälle, über welche in demselben der oben genannte Vortrag erstattet wurde, zusammengestellt, so daß daraus die Zeit, in der die Verbrechen verübt wurden, zwar nicht genau, aber doch annäherungsweise entnommen werden kann.

Zu beachten ist ferner, daß das obige Verzeichniß keineswegs alle vorgekommenen Fälle des Raubes und des Todtschlages (insbesondere nicht des bloß versuchten Todtschlages) enthält, da viele Verbrechen dieser Arten, namentlich die meisten Fälle des Raubes, nur eine niedrigere Strafe, als zehnjähriges Zuchthaus nach sich ziehen.

3) Aus nahe liegenden Gründen giebt weder die Zahl der Strafgefangenen, noch die der verurtheilenden Erkenntnisse an sich einen vollkommen zuverlässigen Aufschluß darüber, wie viele Verbrechen binnen einer bestimmten Zeit verübt worden sind.

Es kann sich hier immer nur von annähernder Gewißheit handeln, und man wird die wirkliche Zahl der Verbrechen jedenfalls richtiger schätzen, wenn man außer den genannten Erkenntnißquellen noch die Zahl der freisprechenden

Urtheile mit beachtet. Freilich ist auch die Gesammtzahl der Erkenntnisse wohl nie der der Verbrechen ganz gleich; denn einerseits kann ja der Grund der Freisprechung darin liegen, daß überhaupt kein Verbrechen begangen worden ist, andererseits führen viele wirklich vorgekommenen Verbrechen zu keinem Definitiv-Urtheile, weil schon eine Voruntersuchung entweder gar nicht eingeleitet, oder wieder eingestellt worden ist, und es bleiben daher sowohl diejenigen Verbrechen unbeachtet, welche gar nicht zur Kenntniß der Gerichte gekommen, als diejenigen, wegen deren sich der Verdacht auf keine bestimmte Person gelenkt hat, oder die Verdächtigen schon auf den Grund der Voruntersuchung außer Verfolgung gesetzt worden sind, oder aus anderen Gründen (z. B. weil der Verbrecher gestorben ist) ein Erkenntniß unterblieben ist.

Indessen ist ein ganz genau zutreffender Schluß überhaupt nicht möglich, und für einen annähernden bietet die Zahl der Freisprechungen jedenfalls eine wohl zu beachtende Erweiterung der Grundlage; denn es kommt für jenen Zweck, wie der Justizminister von Plessen in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1853. [Prot.-Bd. VI. S. 3874. (1. Spalte)] mit Recht bemerkte, nicht darauf an, ob ein bestimmter Verbrecher ausgemittelt, sondern nur darauf, ob ein bestimmtes Verbrechen begangen worden ist, und die meisten freisprechenden Erkenntnisse (anders als bloße Einstellungsbeschlüsse) erfolgen, wie wohl jeder praktische Kriminalist zugeben wird, in solchen Fällen, in welchen das Verbrechen überhaupt, welches den Gegenstand der Anschuldigung bildet, unzweifelhaft begangen, aber gegen den Angeklagten ein genügender Beweis nicht erbracht worden ist.

Die Quelle, welcher die Zahl der Erkenntnisse — der freisprechenden und verurtheilenden zusammen — entnommen werden kann, sind die amtlichen „Uebersichten über die Thätig-

keit der Gerichte", welche jährlich durch das Justizministerium, früher im Regierungsblatt und jetzt im Staatsanzeiger, veröffentlicht werden.

Nach diesen Uebersichten wurde über Anschuldigungen des Mordes, Kindsmordes, Todtschlages, Raubes, der Brandstiftung und des Diebstahles je in den einzelnen Jahren die in folgender Zusammenstellung bezeichnete Zahl von Enderkenntnissen gefällt (einschließlich der Erkenntnisse, welche die Anschuldigungen von Versuchen dieser Verbrechen betrafen):

Jahr	Mord	Kindsmord	Todtschlag	Raub	Brandstiftung	Diebstahl.		
	Erkenntnisse der Kreisgerichte					Erkenntnisse der		
						Schwur-,	Kreis-,	Bezirks-Gerichte
1832/33	13	6	3	27	18	—	1218	—
1833/34	Für dieses Jahr fehlen die Nachrichten.							
1834/35	6	4	1	10	6	—	609	—
1835/36	3	4	0	8	3	—	685	—
1836/37	2	7	3	10	5	—	706	—
1837/38	6	5	2	2	5	—	721	—
1838/39	8	12	1	7	3	—	780	—
1839/40	2	16	2	12	9	—	738	—
1840/41	6	4	2	4	9	—	514	1533
1841/42	2	3	4	6	5	—	416	1525
1842/43	3	4	1	3	10	—	480	2004
1843/44	3	1	1	4	4	—	482	1518
1844/45	4	1	2	3	1	—	394	1218
1845/46	1	4	0	2	13	—	457	1344
1846/47	3	2	1	6	16	—	596	1822
1847/48	5	3	2	8	15	—	503	1608
1848/49	2	2	4	4	7	—	366	1183
	Erkenntnisse der Schwurgerichtshöfe							
1849/50	7	3	3	7	4	4	399	1006
1850/51	5	6	17	17	24	17	443	1128
1851/52	8	6	7	19	27	13	867	1769
1852/53	20	8	12	18	33	10	794	1481
1853/54	11	3	5	12	28	21	965	1898

Zu bemerken ist hiezu Folgendes:

1) Die Zahlen der Erkenntnisse, welche von den Bezirksgerichten über einzelne Verbrechen ausgesprochen werden, pflegen erst seit dem Jahre $18^{40}/_{41}$ veröffentlicht zu werden. Daß von diesem Jahre an die Zahl der kreisgerichtlichen Erkenntnisse wegen Diebstahls geringer ist, als früher, rührt wohl von den Bestimmungen des Kompetenz-Gesetzes von 1839, später der Strafprozeßordnung von 1843 her, indem diese beiden Gesetze die Zuständigkeit der Oberamtsgerichte ausdehnten und eben hiedurch die der Kreisgerichte beschränkten.

2) Die schwurgerichtlichen Erkenntnisse, welche unter der Rubrik „Diebstahl" stehen, umfassen für das Jahr $18^{53}/_{54}$ auch die schwurgerichtlichen Erkenntnisse wegen Diebshehlerei, — ob auch für die anderen Jahre, ist nicht gesagt.

3) Für das Jahr $18^{49}/_{50}$ ist oben in Beziehung auf Mord, Kindsmord, Todtschlag, Raub und Brandstiftung nur die Zahl der schwurgerichtlichen Erkenntnisse angegeben. In dieses Jahr fällt die Einführung der Schwurgerichte; indessen sind ohne Zweifel in den ersten Monaten desselben — ehe das Gesetz über die Geschworenengerichte in Kraft trat — auch von den Kriminalsenaten der Kreisgerichte Endurtheile über Verbrechen der angegebenen Arten gefällt worden.

Angegeben sind aus dem genannten Jahre als Erkenntnisse der Kriminalsenate der Kreisgerichtshöfe: über Mord 3, Kindsmord 2, Todtschlag 3, Raub 8 und Brandstiftung 5; unter diesen mögen aber auch solche Erkenntnisse begriffen sein, durch welche schon die Frage, ob die Verdächtigen in Anklagestand zu versetzen seien, von den Kriminalsenaten in ihrer Eigenschaft als Anklagekammern verneinend entschieden wurde — also Fälle, über welche nach dem alten Verfahren einfach die Untersuchung eingestellt worden wäre.

Dieß wird dadurch sehr wahrscheinlich, daß auch in den

beiden folgenden Jahren „Erkenntnisse" der Kriminalsenate über dieselben Vergehen aufgeführt sind, deren definitive Aburtheilung ihnen doch schon durch das Schwurgerichtsgesetz entzogen war.

Ich habe deßhalb in obige Tabelle die „Erkenntnisse" der Kriminalsenate aus dem Jahre 1849 nicht aufgenommen.

§. 9.

Faßt man die im vorigen Paragraphen gegebenen statistischen Notizen vereint in's Auge, so ergibt sich aus denselben, daß die Zahl der schweren Verbrechen in den Jahren 1850—52 viel bedeutender war, als in den früheren seit $18^{34}/_{35}$.

Die Zahl der Zuchthausgefangenen hatte am 31. Januar 1853 gegenüber von dem Stande der Jahre 1841—47 nahezu die doppelte Höhe erreicht.

Ueber Verurtheilung zu zehnjährigem Zuchthaus und höherer Strafe mußte 1850 in 40, 1851 in 32 Fällen Bericht erstattet werden — Ziffern, welche alle seit 1823 dagewesenen bedeutend übersteigen.

Eben so auffallend hat sich die Gesammtzahl der Erkenntnisse (der freisprechenden und verurtheilenden zusammen), welche Mord, Kindsmord, Todtschlag, Raub und Brandstiftung betreffen, erhöht. Die obige Zusammenstellung (S. 46) ergibt nämlich als Summe der Erkenntnisse wegen aller dieser Verbrechen zusammen

für $18^{50}/_{51}$ 69,
„ $18^{51}/_{52}$ 67,
„ $18^{52}/_{53}$ 91,

— Ziffern, von denen früher mit Ausnahme des Jahres $18^{32}/_{33}$, welches die Zahl 67, und $18^{39}/_{40}$, welches die Zahl 41 aufweist, nicht einmal die Hälfte, in den Jahren $18^{41}/_{42}$ bis $18^{45}/_{46}$ nicht einmal der dritte Theil vorgekommen war.

Diese Thatsachen sind so auffallend, daß sie einen Schluß auf die Zunahme der Verbrechen selbst gewiß rechtfertigen; übrigens waren ohne Zweifel auch andere Gründe wirksam, welche an sich schon — bei gleich bleibender Zahl der verübten Verbrechen — eine namhafte Erhöhung der obigen Ziffern bewirken mußten.

Vor Allem kommt hier die Einführung der Geschworenengerichte als ein Umstand in Betracht, welcher die Zahl der Verurtheilungen und der Erkenntnisse überhaupt vermehrt hat.

Zwar hatte schon die Strafprozeßordnung von 1843 nur sehr wenige Beschränkungen des Anzeigen- und zusammengesetzten Beweises aufgestellt; allein damit war gleichwohl der Richter noch keineswegs zum Geschworenen gemacht (wie Hepp im Neuen Archiv 1849, S. 174 behauptet) — woferne man hierunter eine Versetzung in diejenige Stellung versteht, welche der Geschworene im französischen und im heutigen württembergischen Rechte zu der Beweisfrage einnimmt.

Einerseits die Beweisregeln, welche in der Strafprozeßordnung noch stehen geblieben sind, namentlich auch diejenigen, welche für den zusammengesetzten und Anzeigen-Beweis in den Artikeln 336 und 338 aufgestellt waren, andererseits aber die Verpflichtung, Entscheidungsgründe zu geben, mußten den Richter mit Nothwendigkeit darauf führen, mit klarem, sichtendem Blicke die einzelnen Beweisgründe und Beweismittel zu prüfen, den allgemeinen, unbestimmten Gesammteindruck, der ja auf bloßer Wahrscheinlichkeit und einer trügerischen Stimmung des Gefühls beruhen kann, zu zergliedern und so von einer Verurtheilung in vielen Fällen abzustehen, in welchen der heutige Geschworene, von seiner „innigen Ueberzeugung" allein geleitet, ein „Schuldig" ausspricht und, nach Art. 163 des Schwurgerichtsgesetzes, von seinem Standpunkte aussprechen muß.

Durch jede gesetzliche Beweistheorie — mag sie sich auch

bloß auf wenige negative Regeln beschränken und der richterlichen Prüfung des einzelnen Falles einen großen Spielraum lassen, wird eine größere Zahl von Verurtheilungen verhindert werden, als durch eine Anweisung, wie sie dem heutigen württembergischen Geschworenen durch den genannten Artikel des Schwurgerichtsgesetzes gegeben ist.

Es ist daher gewiß schon aus inneren Gründen zu erwarten, daß von den Geschworenen mehrere Ueberweisungen angenommen werden, als von den rechtsgelehrten Richtern nach dem früheren Verfahren; und gerade die oben angeführten schweren Verbrechen gegen das Leben, ferner Raub und ganz besonders Brandstiftung können vom Arme des Geschworenengerichtes weit leichter erreicht werden, als von den durch eine gesetzliche Beweistheorie gebundenen Kriminalsenaten.

Mord, Kindsmord, Brandstiftung pflegen ihrer Natur nach heimlich begangen zu werden; der Raub in der schwächlichen Gestalt, in welcher er heut zu Tage gewöhnlich vorkommt, geschieht meistens unter Umständen, wo der Räuber mit dem Angegriffenen allein, mithin der Letztere zugleich der einzige Augenzeuge ist; der Todtschlag endlich wird von den Geschworenen leichter angenommen werden, als von rechtsgelehrten Kollegien, weil es Letztere mit dem Beweise desjenigen Dolus, welcher nach dem württembergischen Rechte zu diesem Verbrechen erforderlich ist (s. oben S. 32), strenger nehmen, mithin sich im Zweifel wohl eher für bloßen dolus indeterminatus (animus nocendi) und folgerichtig nur für das Verbrechen des Artikels 247 entscheiden werden.

Ganz besonders aber ist hier noch die Brandstiftung hervorzuheben. Gerade dieses Verbrechen hat an der Zahl der schweren Straffälle — sowohl der Erkenntnisse überhaupt, als der Verurtheilungen insbesondere — einen sehr wesentlichen Antheil. Nun kann aber — wie die Natur der Sache und

die Erfahrung lehren — gerade der Brandstifter in den weitaus meisten Fällen seine That mit einem solchen Grade von Heimlichkeit verüben, daß er nicht von einem juristischen Beweise erreicht zu werden vermag, während er der „innigen Ueberzeugung“ der Geschworenen gegenüber einen viel schwierigeren Stand hat.

So hat man denn, wie mir aus amtlichen Quellen bekannt ist, in Württemberg die Erfahrung gemacht, daß die Geschworenengerichte von ihrer Einführung an bis zum Jahre 1854 nicht blos absolut, sondern auch relativ — d. h. im Verhältnisse zur Zahl der Untersuchungen — weit mehrere Verurtheilungen wegen Brandstiftung ausgesprochen haben, als früher, von den rechtsgelehrten Gerichten ausgesprochen worden waren [1]).

Weitere Bestätigung erhält die Vermuthung, welche oben über den Einfluß der Geschworenengerichte auf die Zahl der Verurtheilungen ausgesprochen worden ist, dadurch, daß die Erkenntnisse wegen desjenigen Verbrechens, welches bei einem allgemeinen Sinken der Rechtlichkeit im Volke am

1) Merkwürdig, aber für die Zeit, mit welcher sich die gegenwärtige Abhandlung zu beschäftigen hat, unerheblich ist die Thatsache, daß in dem Jahre 1855 die Zahl der Verurtheilungen wegen Brandstiftung sowohl absolut, als relativ — im Verhältnisse zur Zahl der Untersuchungen — wieder abgenommen hat. Dieselbe Erfahrung der Abnahme ist, wie ich aus höchst zuverlässiger mündlicher Mittheilung weiß, in neuester Zeit auch in Preußen gemacht worden. In Württemberg will man bemerkt haben, daß das „Nichtschuldig“ häufiger in solchen Fällen erfolgt, wo die Anklage auf Anzündung des eigenen Hauses (in betrüglicher Absicht) gerichtet ist, als in denjenigen, in welchen dem Thäter Anzündung einer fremden Sache zur Last gelegt wird.

Dieß mag wohl theils damit zusammenhangen, daß in der Regel die Verbrechen der ersteren Art leichter verborgen werden können; theils aber vielleicht auch damit, daß in den Fällen der zweiten Art meist ein besonders gehässiges Motiv (Bosheit, Rachsucht u. dergl.) angezeigt ist.

Meisten überhand nehmen müßte, wegen Diebstahls, sich, gegenüber dem Durchschnittsbetrage der früheren Jahre, $18^{50}/_{51}$ gar nicht, $18^{51}/_{52}$ und $18^{52}/_{53}$ nur in einem solchen Maaße vermehrt haben, welches durch die besonderen Zeitverhältnisse — Theurung des Getraites, Kartoffelkrankheit, Fehlherbste, Kreditlosigkeit des Landvolkes [1]) — mehr als erklärt wird.

Gerade der Diebstahl aber wird — im Gegensatze zu den oben genannten, schwurgerichtlichen Verbrechen — fast in allen Fällen auch heute noch nach den Vorschriften der Prozeßordnung von 1843 theils von den Bezirksgerichten, theils von den Kriminalsenaten der Kreisgerichtshöfe abgeurtheilt.

Es haben denn auch die Kriminalsenate zu Eßlingen und Ellwangen, sowie die Minderheit des Ulmer Kriminalsenates in ihren vom Justizministerium einverlangten Gutachten über die Frage, ob die Todesstrafe wieder eingeführt werden solle, die oben angegebene Wirkung des Schwurgerichtsgesetzes auf die Zahl der Verurtheilungen anerkannt [2]), und diese Mittheilung ist, obwohl sie der Kriminalsenat des Obertribunals für unbegreiflich und grundlos erklärt hat, schon darum glaubwürdig, weil bis zu der Zeit, in welche alle diese gutächtlichen Aeußerungen der Gerichte fallen, vornämlich nur die Mitglieder der Kreisgerichtshöfe mit schwurgerichtlichen Fällen in der Weise beschäftigt waren, daß sie dabei die eigene Anschauung der Verhandlung hatten.

Auch die Mehrheit der Kommission, welche von der Kammer der Abgeordneten 1852 mit der Begutachtung unserer Frage beauftragt worden war, hat sich jener Meinung wenig-

---

1) s. Helferich, in der Zeitschrift für die Staatswissenschaft 1853. S. 193, 194, 205, 208—210, 215—217, 240—241, 419, 423—424.

2) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1852, I. Beilagen-Band, S. 850 u.

stens in Beziehung auf Brandstiftung und Eigenthumsverbrechen angeschlossen [1]).

Man wird nun vielleicht einwenden: „nicht bloß die Zahl der Verurtheilungen, sondern auch die der freisprechenden Erkenntnisse wegen der genannten Verbrechen — namentlich auch wegen Brandstiftung — hat seit 1850 zugenommen; wie soll hiegegen der Einfluß des Geschworenengerichtes in Betracht kommen?" Ich erinnere in Beziehung auf diese Frage an einen schon oben berührten Punkt: der rechtsgelehrte Richter wird da, wo nach gesetzlicher Beweistheorie geurtheilt werden muß, eine Freisprechung meistens leicht voraussehen können und in Fällen, in welchen diese zu erwarten ist, den Verdächtigen wohl nur selten in Anschuldigungsstand versetzen, so daß dann gar kein Erkenntniß gefällt, sondern die Untersuchung einfach eingestellt wird: ganz anders im neuen Verfahren, bei welchem der Schwerpunkt in der mündlichen Verhandlung vor den Geschworenen liegt und die Anklagekammer mit Recht häufig Bedenken tragen wird, der Beurtheilung der Letzteren vorzugreifen. Es würde hier zu weit abführen, wenn ich Dieß näher begründen wollte; gewiß wird mir aber jeder württembergische Praktiker Recht geben.

Am Wenigsten unter allen oben berührten statistischen Nachrichten könnte, für sich genommen, die Zahl der Zuchthausgefangenen beweisen. Abgesehen davon, daß dieselbe

---

1) Auch diese Kommissionsmehrheit bestand aus Sachverständigen: nämlich aus zwei Mitgliedern höherer Gerichte (Weber und Wiest) und zwei als Vertheidiger viel beschäftigten Advokaten (Adolf Seeger und Probst), deren einer (Probst) bis zum Jahre 1848 Staatsanwalt und sodann Mitglied eines Kriminalsenates gewesen war.

durch das mehr oder weniger günstige Sterblichkeitsverhältniß unter den Gefangenen bedingt ist, und daß wenigstens einige Vermehrung der Letzteren schon durch die Aufnahme solcher Verbrecher, welche vor der Abschaffung der Todesstrafe diese letztere erlitten hätten, gegeben war, hängt ja die Zahl der Zuchthausgefangenen nicht blos von den neuen Einlieferungen ab, sondern von denjenigen, welche seit einer Reihe von Jahren erfolgt sind. Gerade in dieser letzteren Beziehung nun mußte das Strafgesetzbuch wichtig werden; es hatte nämlich für viele Verbrechen, namentlich dasjenige, welches die Zuchthäuser am Meisten bevölkert, den Diebstahl, die Dauer der schwereren Freiheitsstrafen gegenüber dem früheren Rechte bedeutend erhöht, und so konnte nach einer Reihe von Jahren auch bei gleich bleibender Zahl der Verbrechen eine namhafte Vermehrung der Gefangenenzahl nicht ausbleiben. Dieses Moment mußte schon deßhalb wichtig werden, weil die oben angedeuteten ungünstigen Zeitverhältnisse seit 1842 zum Wenigsten einer Verminderung der Eigenthumsverbrechen im Wege standen [1]); denn die äußeren Ursachen, welche namentlich bei einem Theile der ländlichen Bevölkerung den Wohlstand erschütterten, reichen bis zu dem genannten Jahre zurück.

Die Betrachtung der Zeitverhältnisse führt nun aber von selbst auf einen weiteren Hauptpunkt, welcher bei der Beurtheilung der obigen statistischen Nachrichten maaßgebend ist.

Obgleich ungeachtet der im Bisherigen ausgeführten Gegengründe anzunehmen ist, daß seit 1850 eine größere Zahl von Verbrechen verübt worden ist, als früher, so genügt

1) Genauere Nachrichten hierüber können aus den „Uebersichten über die Geschäftsthätigkeit der Justizbehörden" nicht entnommen werden. Vielleicht wird es mir in einer späteren Arbeit einmal vergönnt sein, weitere statistische Notizen über die württembergischen Kriminalzustände zu liefern.

doch die schon berührte bedrängte Lage, in welche ein Theil der Bevölkerung gerathen war, im Zusammenhang einerseits mit den Nachwirkungen der politischen Bewegung von 1848—49 [1]), andererseits mit dem neuen, besonderen Reize, welchen gerade die so sehr überhand nehmende Brandstiftung in Folge des Versicherungswesens erhalten hatte [2]), vollständig zur Erklärung jener Thatsache, ohne daß man genöthigt wäre, mit derselben die Abschaffung der Todesstrafe in Verbindung zu setzen oder aus ihr auf ein bleibendes Sinken des Sittlichkeitszustandes zu schließen.

Was namentlich das Verhältniß der gemachten Erfahrungen zu dem einzigen Verbrechen betrifft, bei welchem seit 1823 die Todesstrafe praktisch war, so zeigt sich eine auffallende Zunahme der Erkenntnisse wegen Mordes (und Mordversuchs) erst im Jahre $18^{52}/_{53}$, also in einer Zeit, in welcher der Gesetzesentwurf über Wiedereinführung der Todesstrafe schon den Ständen vorgelegt, beziehungsweise von denselben angenommen war, mithin der mit der Lehre vom „Wirkungskreise der Strafgesetze" nicht vertraute Mörder gewöhnlichen Schlages wohl glauben mochte, daß auch ihn, falls ihn der Arm der

1) Von Bedeutung ist hier die Aehnlichkeit mit dem Jahre $18^{32}/_{33}$, welches ebenfalls unter den Nachwirkungen einer politischen Bewegung stand, und eine fast auf die Ziffer hinaus übereinstimmende Menge von Erkenntnissen wegen der oben S. 48 u. genannten Verbrechen zeigt, ganz im Gegensatze zu den dazwischen liegenden Jahren, in welchen — ein einziges ausgenommen — nicht einmal die Hälfte jener Zahlen erreicht wird.

Auffallend ist sodann namentlich die hohe Zahl der Erkenntnisse wegen Kindsmordes im Jahre $18^{50}/_{51}$. Dieselbe steht ohne Zweifel in Verbindung mit der ungewöhnlich großen Zahl unehlicher Geburten, welche in demselben Jahre vorkamen und für den Sittlichkeitszustand des unruhigen Jahres 1849 bezeichnend sind. (S. Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1852, Beilagen-Band I. S. 921.)

2) Diesen Uebelstand erkannte die Gesetzgebung vollkommen, wie sie denn demselben durch ein besonderes Gesetz (vom 19. Mai 1852) entgegenzuwirken suchte.

Gerechtigkeit überhaupt erreiche, das wieder einzuführende Richtschwert treffen werde.

Obgleich ich nun weit entfernt bin, auf diese letztere Vermuthung großes Gewicht zu legen, so wird man doch jedenfalls so Viel sagen können, daß ein Jahr, zumal bei den angegebenen Verhältnissen, für die Beantwortung der Frage nach der Nothwendigkeit einer Strafart nicht als entscheidend angesehen werden dürfe [1]).

§. 10.

Angesichts der vorliegenden, unzweifelhaften Uebelstände, welche im Bisherigen erörtert worden sind, richtete die württembergische Gesetzgebung ihr Augenmerk auf zweierlei Maaßregeln, von welchen sie sich wenigstens theilweise Abhülfe versprach: einerseits auf intensive Verschärfung der Strafarten, und andererseits auf Abkürzung der Freiheitsstrafen, namentlich der allzu lange dauernden, entehrenden Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe.

Aus diesem doppelten Bestreben sind die Gesetze vom 11. und 17. Juni 1853 über Wiedereinführung der Todesstrafe und der körperlichen Züchtigung, und vom 14. April 1855 über Abänderungen im Maaße und in der Vollziehung der Freiheitsstrafen, sowie der noch nicht berathene Gesetzesentwurf über Einführung des Zellensystems in den Zuchthäusern hervorgegangen.

Die Regierung verkannte zwar nicht, daß die Zunahme der Verbrechen nicht ausschließlich von der Abschaffung

---

1) Von demjenigen, was in vorstehendem Paragraphen zur Beurtheilung der obigen statistischen Nachrichten gesagt ist, findet sich Manches auch schon in dem Berichte der Justizgesetzgebungs-Kommission der Abgeordnetenkammer von 1852 — zum Theile noch näher — ausgeführt.

der Todesstrafe herrühre [1]), war aber der Ansicht, daß auch diese Maaßregel der Gesetzgebung von 1849 einen ungünstigen Einfluß ausgeübt habe. Die Regierung gelangte zu dem Ergebniß, „daß gegenüber dem Ueberhandnehmen schwerer Verbrechen, namentlich der gegen das Leben Anderer gerichteten, die bestehende Strafgesetzgebung nicht als ausreichend zu betrachten sei, und, um diesen Gesetzesübertretungen entgegenzuwirken, wirksamere Mittel ergriffen werden müßen, insbesondere die Wiedereinführung der durch das Gesetz vom 13. August 1849 aufgehobenen Todesstrafe um so mehr geboten sei, als angenommen werden dürfe, daß auch die Volksansicht dieser Strafart nicht entgegen sei."

Auf diese Beweggründe gestützt, brachte der Vorstand des Justizdepartements in der 125sten Sitzung der Abgeordnetenkammer von 1852 einen Gesetzesentwurf ein, in welchem für einige der schwersten Verbrechen die Wiederherstellung der Todesstrafe vorgeschlagen wurde. (Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1852, I. Beil.-Bd. Nr. 295, S. 591—595.)

Auch jetzt also waren dieselben zwei Hauptgründe maaßgebend, auf welche das Strafgesetzbuch von 1839 und deßgleichen die neueste großherzoglich hessische und königlich sächsische Gesetzgebung ihre Entscheidung unserer Frage gestützt haben (s. oben S. 19—20).

Die Motive zu dem so eben erwähnten württembergischen Entwurfe von 1852 sprechen sich hierüber aus, wie folgt:

„Die Ansicht, daß die schwersten Verbrechen, insbesondere Verbrechen gegen das Leben Anderer, nur mit dem Tode des Verbrechers gebüßt werden können, wurzelt tief in dem Volksbewußtsein, und mit dieser im Volke herrschenden Ansicht darf

---

1) Hierauf deuten Aeußerungen des Ministers des Innern, Freiherrn von Linden, hin. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, Protokoll-Band VI. S. 3886—3888, 3890.)

die Strafgesetzgebung um so weniger da sich in Widerspruch setzen, wo, wie leider bei uns, die Erfahrungen lehren, daß die schweren Verbrechen überhaupt und insbesondere diejenigen gegen das Leben Anderer gegen früher in höchst bedauerlicher Anzahl zugenommen haben und in steter Zunahme begriffen sind."

„Während in dem Jahrzehent von 18$^{30}/_{40}$ nur in sieben Fällen auf Todesstrafe zu erkennen war, so sind in den folgenden neun Jahren von 18$^{40}/_{49}$ nicht weniger als 17 Todesurtheile gefällt worden."

„Seit der im Jahre 1849 erfolgten Abschaffung der Todesstrafe aber ist die Progression noch weit mehr gestiegen. Denn allein in den beiden Jahren 1850 und 1851 sind sechs Angeschuldigte, welche nach dem Strafgesetzbuch von 1839 Todesstrafe verwirkt hätten, zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurtheilt worden, und eine noch größere Zahl von Verbrechern, gegen welche eine Anklage auf Mord zu erheben sein wird, befinden sich dermalen (Januar 1852) in Untersuchung. (Der hierwegen Verhafteten sind es neun, und in drei weiteren Fällen aus der neuesten Zeit, in welchen der erhobene Thatbestand auf einen Mord hinweist, sind die Thäter bis jetzt nicht ausgemittelt.)"

Sodann gehen die Motive auf die Zahl der Mordversuche, auf die Zunahme anderer schweren Verbrechen und auf die Anhäufung der Zuchthausgefangenen in den Strafanstalten über; aus allen diesen Thatsachen zusammen ziehen sie den Schluß, „daß derjenige höhere Grad von Sittlichkeit, Religiosität und Rechtsgefühl bei der Masse des Volkes noch nicht erreicht sei, welcher allein eine Milderung der bestehenden Strafgesetze, wie solche durch das Gesetz vom 13. August 1849 bezweckt worden sei, hätte rechtfertigen mögen, und daß insbesondere zu Verhütung der schwersten Verbrechen zu wirksameren Mitteln zurückgegriffen werden müße."

Gegen die von den Kriminalsenaten zu Eßlingen und Ellwangen erhobene Einwendung, „daß die seit 1849 verflossene Zeit noch viel zu kurz sei, um jetzt schon eine Wiederabänderung der Gesetzgebung zu rechtfertigen" [1]), bemerken die Motive: diese Wiederabänderung könne um so weniger befremden, als es hinreichend bekannt sei, wie die Aufhebung der Todesstrafe im Jahr 1849 mehr nur auf dem damaligen politischen Gange der Dinge überhaupt, als auf einem wirklich gefühlten Bedürfnisse und auf einer unbefangenen, von der herrschenden Volksansicht getragenen Würdigung der Menschen und der Verhältnisse, wie sie seien, beruht habe.

§. 11.

Die Kammer der Abgeordneten verwies den im vorigen Paragraphen besprochenen Gesetzesentwurf an ihre Justizgesetzgebungskommission zur Begutachtung.

Ehe jedoch der Bericht ganz vollendet war, wurde durch einen Zwischenfall der Kammer Gelegenheit gegeben, sich über den Standpunkt, von welchem sie die bevorstehende Berathung auffaßte, auszusprechen. Es beantragte nämlich der Abgeordnete Nagel am 29. Juli 1852 aus Veranlassung einer in Eßlingen vorgefallenen Tödtung baldige Aufnahme des Gesetzesentwurfes in die Tagesordnung: die Kammer aber, von mehreren Seiten darauf aufmerksam gemacht, daß Gesetze nicht unter dem Eindrucke einzelner besonders schauerlichen Vorfälle berathen werden dürfen, entschied sich für den Gang gemessener Ueberlegung, indem sie, gemäß dem Vorschlage des Abgeordneten Pfeifer, beschloß, „daß die Justizgesetzgebungskommission ganz ruhig und gründlich ihre Arbeiten vorher erledigen und dann die Kammer mit Ruhe an den Gegenstand gehen solle."

---

1) s. die Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1852, I. Beilagen-Band, S. 851.

Diesem Beschlusse kam denn nun, wie der Bericht selbst zeigt, die Kommission mit großer Gewissenhaftigkeit nach, und ihr reichhaltiges Gutachten wurde im August an die Mitglieder der zweiten Kammer vertheilt. Diese Arbeit zerfällt, da über die Hauptfrage selbst in der Kommission Verschiedenheit der Meinungen bestanden hatte, in Beziehung auf diese Frage in zwei Theile: in eine Begründung des Mehrheitsantrages und in ein geradezu entgegengesetztes Erachten der Minderheit.

Die Mehrheit, bestehend aus den Abgeordneten Weber (Berichterstatter), Wiest (Mitberichterstatter), Probst und Adolf Seeger, beantragte, den Gesetzesentwurf im Ganzen (en bloc) abzulehnen, wogegen die Minderheit, nämlich die Abgeordneten v. Teuffel (Berichterstatter), Bek und Rothenhöfer, sich für die Annahme der Regierungsvorschläge erklärten.

Auch in der Art und Weise der Begründung und im Tone sind — wie die folgende Darstellung zeigen wird — diese beiden Theile des Berichtes sehr von einander verschieden.

Die Mehrheit knüpft nach einer kurzen Einleitung (§. 1) ihre Erörterung an die allgemeine wissenschaftliche Frage über Rechtsgrund und Zwecke der Strafe, und demgemäß an eine kurze Uebersicht über die Strafrechtstheorieen an. Sie folgt dabei — wie sie selbst sagt — Hepp's „Darstellung der deutschen Strafrechtssysteme;" ihr Augenmerk mußte, der Bestimmung des Berichtes zufolge, in diesem Theile auf möglichste Verständlichkeit, Uebersichtlichkeit und Kürze gerichtet sein, und sie stellt denn nach den bekannten äußeren Eintheilungs-Gründen die verschiedenen Theorieen, so wie sie dieselben auffaßt, gedrängt zusammen, wobei sie jedesmal ihre Bemerkungen darüber anschließt, welche Stellung die Vertreter der einzelnen Theorieen in Beziehung auf die Todesstrafe eingenommen haben, beziehungsweise folgerichtig, den Grundlagen ihrer Lehren gemäß, hätten einnehmen sollen.

In letzterer Beziehung kommt sie zu dem Ergebniß, „daß die Vertheidiger fast aller Theorieen, zum Theil selbst der Präventions- und der juristischen Besserungstheorieen die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe anerkennen“; zugleich warnt sie aber davor, hieraus auf die Unentbehrlichkeit dieser Strafart zu schließen: denn selbst der Umstand — sagt sie — daß die konsequentesten Denker sich eher dazu haben entschließen können, in dieser Frage ihrer eigenen Theorie ungetreu zu werden, als die aus derselben fließende Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe anzuerkennen, lasse nur an der Richtigkeit der Theorie zweifeln, deren Konsequenz verlassen worden sei, und gebe keinen positiven Ueberzeugungsgrund.

Die Kommissionsmehrheit nimmt nämlich an, daß die Todesstrafe der Besserungstheorie unbedingt und der Präventionstheorie wenigstens insoweit wiederstreite, als die letztere, wenn sie konsequent sein wolle, die Todesstrafe nicht absolut, sondern nur relativ, nach den besonderen Umständen des Falls und deren Beschaffenheit, insbesondere mit Rücksicht auf die Individualität des Subjekts zulassen könne (S. 828, 829). In Beziehung auf die Besserungstheorie hat hier die Kommission gewiß Recht; denn die Reue, welche den armen Sünder in der Todesangst überkömmt, ist nicht Besserung in dem Sinne, in welchem letztere als Princip des Strafrechtes aufgestellt wird (s. auch K ö s t l i n, System S. 447, Anm. 4.). Hier liegt aber der Mangel nicht, wie die Kommission andeutet, in der Theorie selbst, sondern in einem Abfalle von derselben, welcher allerdings beweist, daß bei ihren i n k o n s e q u e n t e n Vertheidigern die Todesstrafe das Gewicht eines eingewurzelten Postulates hatte.

Anders verhält es sich mit dem, was über die Stellung der Präventionstheorie zur Todesstrafe von der Kommission gesagt wird.

In erster Linie behauptet sie, daß mit dieser Theorie die Todesstrafe darum schlechthin unvereinbar sei, weil Sicherungsmaaßregeln für die Zukunft nur gegen Lebende, nicht gegen Todte getroffen werden könnne, indem nur der Lebende für die Zukunft gefahrdrohend sei. Dieß ist aber eine offenbare Verwechslung: die Strafe selbst soll ja sichern, durch die Hinrichtung, nicht durch irgend etwas nach dem Strafvollzuge Geschehendes wollen die von der Präventionstheorie ausgehenden Anhänger der Todesstrafe die Gefahr, welche der lebende Verbrecher droht, beseitigen.

Erheblicher ist, was die Kommission weiter vorbringt. Sie wendet sich nämlich gegen Grolman's Behauptung, „daß die Todesstrafe als absolute Sicherungsstrafe in den außerordentlichen Fällen zugelassen sein solle, wo nach unseren Erfahrungen über den Menschen keine weitere Rechnung auf die Wirkung der abschreckenden Mittel möglich sei," und bemerkt: „es lasse sich das Vorhandensein jener Voraussetzung nicht bei allen sogenannten Kapitalverbrechern auch nur mit einiger Sicherheit, viel weniger, wie jene Theorie verlange, als „rechtlich gewiß" behaupten." — Allein der Gedanke, welchen dieses Bedenken ausspricht, ist nicht sowohl gegen Grolman's Ansicht gerade über die Todesstrafe, als gegen seine Strafrechtstheorie überhaupt gerichtet; er ist nichts Anderes, als eine besondere Anwendung des alten Einwurfes, daß das begangene Verbrechen keine Gewißheit, sondern nur den Verdacht von dem Thäter zu erwartender weiterer Verbrechen begründe (s. Feuerbach's Revision S. 81—88.), und im Geiste des Grolman'schen Systems könnte man erwidern: derjenige, welcher eines der schwersten Verbrechen begeht (es brauchen diese Verbrechen ja nicht gerade alle diejenigen zu sein, welche man gewöhnlich als Kapitalverbrechen bezeichnet), zeigt sich als ein solches Hinderniß der allgemeinen

gesetzlichen Freiheit, daß gegenüber von ihm kein Versuch mit abschreckenden Mitteln mehr gemacht zu werden braucht, sondern seine sofortige Wegräumung geboten ist (vergl. Grolman, „über die Begründung des Strafrechts u. s. w." S. 29). Doch — verhalte es sich hiemit, wie es wolle — so Viel steht fest: die Anhänger der Präventionstheorie sind, wenn sie die Todesstrafe zulassen, nicht inkonsequent: vielmehr ist die Tödtung gewiß unter allen Sicherungsmitteln das sicherste — was schon von J. G. Fichte (Naturrecht, Theil II. S. 120—126) ausgesprochen worden ist und sich, auch abgesehen von allen Auktoritäten, von selbst versteht.

Nachdem die Kommission die Frage der Todesstrafe aus den Gesichtspunkten der verschiedenen Ansichten über das Princip der Strafe erörtert hat, geht sie zu denjenigen Gründen über, welche in dem bekannten Streite für und wieder die Todesstrafe unabhängig von den Strafrechtstheorieen vorgebracht worden sind (§§. 6—28, S. 831—47). Dabei folgt sie wieder einer Arbeit von Hepp, nämlich der schon von der Kommission des Jahres 1838 benützten Schrift: „über den gegenwärtigen Stand der Streitfrage über die Zulässigkeit der Todesstrafe."

Hieran schließt sich eine gründliche Erörterung über die „Erfahrungen, den Zustand der Gesetzgebung und der öffentlichen Meinung in den verschiedenen Ländern" (§§. 17—28, S. 835—847), wobei neben Hepp's so eben genannter Schrift namentlich die Arbeiten Mittermaier's benützt sind. In Beziehung auf Italien werden Carmignani's und Puccini's, in Beziehung auf England Marquardsen's Mittheilungen angeführt.

Schließlich zieht die Mehrheit der Kommission in §§. 29—31 (S. 847—848) aus ihren Erörterungen die Ergeb-

nisse, deren Grundgedanken etwa in Folgendem kurz zusammengefaßt werden können:

„Die Frage der Todesstrafe ist eine Frage der Civilisation; ihre Geschichte geht gleichen Schritt mit der Kulturgeschichte der Völker. Das dem Christenthum eigenthümliche Princip der Humanität hat harmonische Entwicklung der geistigen Anlagen, Achtung des Menschenlebens, höhere Bildung der europäischen Völkerfamilien, Verbreitung der Gesittung unter allen Klassen zur Folge gehabt, und zu gleicher Zeit ist denn auch die Aenderung der Strafen vor sich gegangen: die grausamen Strafen sind verschwunden, ohne daß die Zahl der Verbrechen zunahm; die Todesstrafe wurde nach und nach für immer wenigere Fälle angedroht und noch seltener vollzogen, ohne daß die öffentliche Sicherheit darunter gelitten hat. Die Gegner der Todesstrafe haben in den letzten hundert Jahren fortwährend an Zahl zugenommen, und auch diejenigen, welche ein Recht des Staates zur Verhängung der Todesstrafe nicht bezweifeln, sprechen sich immer mehr dafür aus, daß diese Strafe nur gerechtfertigt werden könne, wenn sie als nothwendig in dem Staate nach den besonderen Verhältnissen nachgewiesen werden könne, daß, wenn auch zur Zeit diese Nothwendigkeit noch vorliege, doch zu wünschen und zu hoffen sei, diese Strafart möge in späterer, nicht zu ferner Zeit aus den Strafgesetzbüchern gestrichen werden können." Hiemit war der ganze Streit auf die Entscheidung der Hauptfrage gestellt, ob die Wiedereinführung der Todesstrafe sich nach den in Württemberg gemachten Erfahrungen als nothwendig darstelle.

Die Mehrheit der Kommission geht nun die Gründe durch, welche für die Bejahung jener Frage geltend gemacht werden, bekämpft die beiden oben S. 57—58 angeführten Sätze, auf welche in den Motiven das Hauptgewicht gelegt ist, und erörtert insbesondere die statistischen Nachweisungen, welche

für die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe angeführt worden waren. In letzterer Beziehung kommt sie zu dem Schlusse: es beweise weder die gestiegene Zahl der zu 10jährigem Zuchthaus und noch schwereren Strafen verurtheilenden Erkenntnisse (s. ob. S. 43—44), noch die Anfüllung der Zuchthäuser mit Strafgefangenen (s. ob. S. 42) ein Sinken der allgemeinen Sittlichkeit oder eine erhebliche Zunahme der verübten schweren Verbrechen, insbesondere der sog. todeswürdigen; jedenfalls aber wäre doch die seit der Abschaffung der Todesstrafe verflossene Zeit noch viel zu kurz, um jetzt schon eine Wiederabänderung der Gesetzgebung zu rechtfertigen — eine Maaßregel, die überall bedenklich, doch am allerbedenklichsten dann sei, wenn es sich von Wiedereinführung der abgeschafften Todesstrafe handle. Die Zeit, seit welcher die mildere Gesetzgebung in Kraft sei, reiche nicht hin, um derselben mit Recht die Schuld der größeren Zahl der Verbrechen zuzuschreiben; und auf die Einwendung der Motive, daß im Jahr 1848 noch kein Grund zur Abschaffung der Todesstrafe vorhanden gewesen, sei die Antwort in der ganzen, von der Kommission dargestellten Geschichte der Frage gegeben.

Hiernach — schließt die Mehrheit der Kommission — sei durch die in Württemberg gemachten Erfahrungen die Nothwendigkeit der Wiedereinführung der Todesstrafe nicht nachgewiesen (S. 851). Dieser Grund mußte vom Standpunkte der Kommission aus um so mehr den Ausschlag geben, als die Frage, ob die Todesstrafe überhaupt rechtmäßig sei, unentschieden gelassen wurde. In Beziehung auf diesen Streitpunkt waren nämlich innerhalb der Mehrheit selbst die Meinungen getheilt. Während drei Mitglieder (Probst, A. Seeger und Wiest von Ehingen) sich überhaupt gegen die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe erklärten (S. 851), kam der Berichterstatter, indem er vom Standpunkte der Welcker'schen

Strafrechtstheorie ausgieng, folgerichtig zu dem Ergebniß, daß die Todesstrafe nicht schlechthin verwerflich sei, aber nur dann und insoweit gerechtfertigt werden könne, als und inwieweit sie zur Vergütung des durch das Verbrechen gestifteten intellektuellen Schadens nothwendig sei (Bericht S. 830, Protokolle, Band VI. S. 3888, 3890).

Hierüber — räumt der Bericht ein — könne natürlich gestritten werden und werde gestritten, weil bei den Einzelnen subjektives Gefühl, Ansichten über das Resultat der Erfahrung, die bestehenden Zustände im Staat und die bestehende Volksansicht bestimmend seien (S. 830, vergl. mit S. 847 unten).

Während der Berichterstatter vermöge dieser die Mitte haltenden Ansicht in Beziehung auf die praktische Frage, welche zur Entscheidung vorlag, mit den unbedingten Gegnern der Todesstrafe einig war, stimmte andererseits die Minderheit der Kommission mit dem Berichterstatter insofern überein, als sie die rechtliche Zuläßigkeit der Todesstrafe nur für den Fall, daß die Wahrung der Rechtsordnung dieselbe erfordere, behauptete und daher die Frage, ob unter den dermaligen Verhältnissen die Todesstrafe als nothwendig erscheine, in den Vordergrund stellte [1]. Aber diese letztere Frage wird von der Minderheit im entschiedensten Gegensatze zu den Ausführungen des Berichterstatters und der ihm beistimmenden Abgeordneten aus dem Grunde verneint, daß die Todesstrafe unzweifelhaft von verbrecherischen Entschlüssen abschrecke und als Abschreckungs-

---

1) Wie aus dem im Text Angeführten hervorgeht, ist Köstlin's Behauptung, der einzige positive Grund der Kommissionsminderheit sei der Satz, „daß auf die schwerste Verletzung die schwerste Strafe gehöre", unrichtig.

Deßgleichen ergiebt sich aus dem im Texte Gesagten, daß die Minderheit der Kommission nicht zu den unbedingten, grundsätzlichen Anhängern der Todesstrafe gerechnet werden darf.

mittel bei der dermalen herrschenden Entsittlichung nicht entbehrt werden könne. „Denn, mögen nun auch die Philosophen und falschen Humanitätsprediger noch so laut dagegen schreien: Abschreckung war stets und wird stets bleiben ein Hauptzweck der Strafe, und wirksame Abschreckung gegen die schwersten Verbrechen wird in einer solch' sinnlichen Zeit auch nur die höchste Strafe geben. Das weiß das Volk selbst ganz wohl. Es will darum die Todesstrafe wieder, wie Jeder überall hören kann, wenn er nur überhaupt hören will" u. s. w.

Hiebei geht die Minderheit davon aus, daß die Frage von der Nothwendigkeit des „äußersten Strafübels" nicht nach dem bloßen Stande der „todeswürdigen" Verbrechen, sondern nach den sittlichen Zuständen im Ganzen und Großen entschieden werden müße. Diese Zustände werden nun in äußerst düsteren Farben geschildert: „üppige Genußsucht und Haschen nach schnellem Erwerb, Irreligiosität und Frivolität der Sitten, Nichtachtung der persönlichen Sicherheit und fremden Eigenthums, Nichtachtung der Obrigkeit und laxe Erziehung sind an der Tagesordnung; fast täglich wissen die öffentlichen Blätter von allen Ecken und Enden grobe und selbst grause Verbrechen zu erzählen; alle unsere Strafanstalten überfüllen sich in erschreckendem Maaße mit Verurtheilten aller Art; und fragt man uns etwa noch nach dem Beweise eines solchen Grades von Entsittlichung, so antworten wir einfach: sie ist klar, wie die Sonne, nur die Blinden sehen sie nicht" (S. 853), ... ferner (S. 854): „die bisherige Ausführung aber mag uns der Mühe überheben, auch die Art und Weise noch näher zu beleuchten, in welcher an der von dem Justizministerium mitgetheilten Uebersicht über die Zahl schwerer Verbrechen seit 1823 gedeutelt und geklügelt wird, um den Eindruck zu verwischen. Wenn ein zweites, bereits auch stark bevölkertes Zuchthaus" (nämlich das

Pönitentiarhaus in Stuttgart), „eingerichtet werden mußte; wenn die seit vielen Jahren ausreichenden Räume des Arbeitshauses in Ludwigsburg jetzt weit nicht mehr alle ihm zugehörigen Gefangenen fassen können; wenn allein in die bezirksgerichtlichen Gefängnisse von $18^{50}/_{51}$ 623 Gefangene mehr kamen, als im Jahr zuvor, und wenn ebenso in sämmtlichen höheren Strafanstalten die Zahl der Gefangenen nur in den acht Monaten vom 1. Juli 1851 bis 1. März 1852 von 2043 auf 2460, mithin um mehr denn 400 sich steigerte; wenn die Zahl der Einlieferungen der Landjäger, ungerechnet die von ihnen aus Auftrag der Behörden vollzogenen Verhaftungen, im Jahr 1851 die Summe von 24,372, — mehr wie dreimal soviel, als im Jahr 1842, — und in den ersten drei Monaten des Jahrs 1852 sogar die Summe von 10,221, mehr als wenige Jahre früher in einem ganzen Jahr, betrug; wenn endlich nur in den letzten zwei Wochen die öffentlichen Blätter drei Mordfälle, eine Brandstiftung aus Rache, eine Tödtung und zwei Verwundungen in Händeln aus unserem kleinen Lande zu berichten hatten, so sind Dieß Thatsachen, von denen man wohl sagen kann: was brauchen wir weiter Zeugniß" [1]).

§. 13.

Gieng man überhaupt in Beziehung auf die abschreckende Wirkung der Todesstrafe von der allgemeinen Ansicht aus, welche die Minderheit der Kommission zu Grunde legt, so konnte man wirklich in den Vorfällen des Jahres

1) Daß diese letzteren Worte — bekanntlich diejenigen, mit welchen sich der Hohepriester Kaiphas für die Ankläger Jesu erklärte — hier sehr schlecht am Platze seien, wurde schon von dem Abgeordneten Weber in den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1853 (S. 3858 des 6ten Protokoll-Bandes) angedeutet.

1852 eine Mahnung an den Gesetzgeber finden, das bei Seite gelegte Schwert wieder zur Hand zu nehmen.

Zu dem oben S. 59 erwähnten Falle kamen im Herbste dieses Jahres, nachdem der Kommissionsbericht den Abgeordneten schon übergeben worden war, zwei weitere Verbrechen, welche gerade im Herzen des Landes wahre Bestürzung verbreiteten und auch in den ständischen Verhandlungen wiederholt berührt wurden [1]).

Diese beiden Vorfälle, in Verbindung mit der oben S. 59 erwähnten Tödtung, erschütterten in der Bevölkerung das Gefühl der öffentlichen Sicherheit um so mehr, als die Thäter in zweien der angeführten Fälle unbekannt blieben [2]); die Angst ging unmerklich in den Wunsch über, daß Exempel

---

1) Solche äußere Vorfälle zu erwähnen, wird wohl demjenigen, welcher sich h. z. T. mit der Geschichte eines neueren deutschen Gesetzes beschäftigt, ebensowohl gestattet sein, wie es den Civilisten erlaubt wird, bei dem **Senatusconsultum Macedonianum** an die Gräuelthat Macedo's zu erinnern.

Die Verbrechen, von welchen ich im Texte rede, waren der an dem pensionirten Major v. Glaser zu Stuttgart verübte Raubmord, und eine in Eßlingen von einem Diebe am Hauseigenthümer, der ihn ertappt hatte, begangene lebensgefährliche Körperverletzung, welche Anfangs als Mordversuch aufgefaßt wurde.

2) Erst später wurde der Eine dieser Beiden (Rathgeb) ausgemittelt und verurtheilt.

Die Stimmung, in welche das Publikum durch jene Verbrechen versetzt wurde, spiegelt sich schon in den oben S. 59 berührten Verhandlungen der Abgeordneten-Kammer. Ein weiteres Beispiel darf ich vielleicht aus meinen eigenen gerichtlichen Erlebnissen beifügen: ein gebildeter, älterer Mann sprach gegen mich aus Veranlassung des an Glaser verübten Mordes in allem Ernste sein Bedauern darüber aus, daß es nicht mehr gestattet sei, den Verdächtigen durch Stockprügel zum Geständniß zu bringen und blieb hiebei, obgleich ich ihm aus bester Quelle die bestimmte Versicherung gab, daß die Ueberweisung jenes Burschen nach dem Stande der Untersuchung außer allem Zweifel sei.

statuirt werden möchten, und so gewann das Verlangen nach Wiedereinführung der Todesstrafe unzweifelhaft an Boden in der öffentlichen Meinung, welche übrigens dabei zunächst nur die Fälle des Mordes im Auge hatte.

Damit erhielt denn auch die Berufung auf die Volksansicht erhöhtes Gewicht, da es nun zur Erweisung derselben keiner Berufung auf öffentliche Kundgebungen bedurfte, sondern Jeder in seinem täglichen Leben Aeußerungen genug zu hören bekam, welche über die Stimmung der Mehrheit im Volke keinen Zweifel übrig ließen.

So mag es sich denn erklären, daß im weiteren Verlaufe der ständischen Verhandlungen das Bestehen einer der Todesstrafe günstigen Volksansicht eigentlich, nicht mehr ernstlich bestritten wurde, während dieselbe noch im Sommer 1852 von der Mehrheit der Kommission in Zweifel gestellt worden war und allerdings bis dahin der Ständeversammlung gegenüber ihren Ausdruck nur in einigen Petitionen von Amtsversammlungen und Gemeindebehörden gefunden hatte [1]).

Dagegen war es eine andere Frage, ob der Meinung des Volkes in dem Sinne, wie dieses Wort hier gebraucht wurde — d. h. der Ungebildeten oder doch derer, welche sich mit dem Gegenstande nicht wissenschaftlich vertraut gemacht haben — bei dem Eindrucke der damaligen Ereignisse in der vorliegenden Frage großer Einfluß eingeräumt werden sollte. Der Justizminister schon hatte in seinem Begleitungsvortrage jenem Momente in der That nur die ihm gebührende, unter-

1) Es waren Dieß Petitionen der verstärkten Amtsversammlung von Blaubeuren, der bürgerlichen Kollegien von zwölf Gemeinden des Oberamts Eßlingen, der Amtsversammlungen von Kannstadt, Maulbronn und Rottenburg, endlich von vier und wieder zweiundzwanzig Gemeinden des Oberamtes Sulz.

Dagegen war auch eine Petition in entgegengesetztem Sinne vom Gemeinderath zu Göppingen eingelaufen.

geordnetere Bedeutung beigelegt, indem er seiner auf die Zunahme schwerer Verbrechen gestützten Bemerkung über die Nothwendigkeit wirksamerer Strafmittel beifügte, daß auch die Volksansicht, wie man wohl annehmen dürfe, der Todesstrafe (und der körperlichen Züchtigung) nicht entgegen sei. Viel weiter waren schon die Motive gegangen (s. oben), und den letzteren hatte sich in sehr entschiedener Sprache die Minderheit der Kommission angeschlossen. „Das Volk" — sagt die Minderheit in ihrem Gutachten — „will die Todesstrafe wieder — nicht etwa aus bloßem Rachegefühl, sondern weil die unmittelbare Anschauung der zunehmenden Zügellosigkeit jedem Besonnenen die Ueberzeugung giebt, daß es nicht anders geht. Und es klingt daher gelehrt-vornehm und vornehm-verächtlich, gegenüber von dem Volk und von so vielen" (? — s. dagegen oben S. 70. Anm. 1) „Bitten aus dem Volk, wenn man dagegen sagen hört, die Volksansicht sei hier eben nicht hoch anzuschlagen. In der That, dieses Rechtsbewußtsein im Volke ist sogar sehr hoch zu schätzen; wohin z. B. wären wir im Jahr 1849 nicht noch gerathen, wenn dieses Rechtsbewußtsein nicht den tollen Bestrebungen Einzelner seinen negativen Widerstand endlich entgegengesetzt hätte"?

Allein hiemit war in Bezug auf die vorliegende Frage das Bedenken der Mehrheit nicht widerlegt, „daß eine in der Regel auf dem empörten Gefühl beruhende Ansicht, welche eben Gleiches mit Gleichem vergolten wissen wolle [1]), bei denjenigen nicht hoch angeschlagen werden könne, welche

---

1) Hierauf hat schon Grolman in seiner Schrift „über die Begründung des Strafrechts u. s. w." S. 222—228 aufmerksam gemacht. Dabei folgt er — nach seiner eigenen Bemerkung, a. a. O. S. 226. Anm. — J. E. Ch. Schmidt's Magazin für Religions- und Sittenlehre und ihre Geschichte; 1. B. 1. H. 1799. Nr. II. „Ueber Matth. V. 38—41."

eine Strafe nur dann gerechtfertigt finden, wenn sie für den Strafzweck nothwendig sei."

Man hätte hinzusetzen können, daß außer dem Verlangen, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, übertriebene Erwartungen von einer abschreckenden Wirkung der Todesstrafe Vieles dazu beitrugen, die öffentliche Meinung zu bestimmen, und daß gewiß Mancher, welcher sagte und wohl auch glaubte, er fordere die Todesstrafe als Wiedervergeltung, dieselbe vielmehr in ihrer Eigenschaft als Abschreckungs- oder doch als Sicherungsmittel herbeiwünschte.

Jedenfalls ist es daher durchaus nicht zu verwundern, daß in den Sitzungen der Abgeordnetenkammer von der Volksmeinung verhältnißmäßig nur wenig die Rede war.

Das entscheidende Gewicht wurde, wie die meisten Vorträge zeigen, darauf gelegt, ob die Wiedereinführung der Todesstrafe zur Aufrechterhaltung, beziehungsweise Wiederherstellung der Rechtsordnung nothwendig sei oder nicht, und in dieser Beziehung gaben auch Gegner des Gesetzesentwurfes, wie namentlich die Mehrheit der Kommission selbst, zu, daß man recht wohl verschiedener Meinung sein könne, je nachdem man die Verhältnisse auffasse und beurtheile.

In der That war hiemit die Frage auf denjenigen Gesichtspunkt geführt, welcher dem Geiste der deutschen Wissenschaft vollständig entspricht und auch von den Grundrechten wenigstens dadurch anerkannt war, daß sie die Todesstrafe im Kriegs- und Seerechte noch zuließen. (s. die Bemerkungen Abegg's im Neuen Archiv 1850 S. 176—177.)

Im Grunde genommen wurde die unbedingte Rechtswidrigkeit der Todesstrafe nur von einem Redner, dem Abgeordneten Rödinger, behauptet — indessen auf den Grund einer Ausführung, welche dem Staate geradezu alles wahre Recht zu strafen abspricht, mithin zu Viel beweist, um noch

irgend eine Gemeinsamkeit des Ausgangspunktes mit den anderen Ansichten übrig zu lassen. — Der genannte Redner ließ sich nämlich folgendermaaßen vernehmen:

„Wer nicht tiefer auf den philosophischen Grund der Rechtmäßigkeit der Todesstrafe eingeht und sich nur an den gewöhnlichen Verstand hält, sagt, Strafe müße eben sein, ohne Strafe könne man nicht existiren. Ich glaube, daß Dieß von der Gewohnheit hergenommen ist; Strafe muß nicht überall sein, wir haben viele Institute, die leben und gedeihen, ohne daß sie durch Strafen festgehalten werden, und es ist noch sehr die Frage, ob der Staat nothwendig Strafen braucht, und insbesondere die Todesstrafe, um sich zu erhalten. Er hat noch viele andere Mittel ..... Es ist überhaupt sehr zweifelhaft, ob der Staat nur das Recht hat zu strafen und namentlich die Todesstrafe anzudrohen und zu vollziehen; denn es giebt im Grunde genommen nur Ein äußerstes Mittel für die Gesellschaft, das ihr allein zustehen kann nach dem Begriffe der Gesellschaft, nämlich das, den Menschen aus der Gesellschaft auszustoßen. Man wird freilich sagen, das könne man nur thun, wenn man Kolonieen habe oder auf einer Insel lebe, und ringsumher uncivilisirte Menschen wären, weil Staaten auf gleicher Höhe sich verbitten würden, die Verbrecher des Nachbarstaates aufzunehmen. Daraus aber, daß wir nicht in dieser Lage sind und daß wir keine Kolonieen haben, folgt doch gewiß noch nicht, daß wir unsere Verbrecher tödten, sondern nur, daß wir sie in unseren Strafanstalten unterbringen. Das ist, glaube ich, das Höchste und Einzige, was der Staat thun kann vom Princip des Rechts aus.“

Diese Ansicht bedurfte gewiß keiner besonderen Widerlegung; abgesehen davon, daß sie Einsperrung als gleichbedeutend mit Ausstoßung ansieht, ist sie gar nichts Anderes,

als ein losgerissenes Stück aus J. G. Fichte's philosophischer Begründung des Strafrechts, aus welcher der Redner freilich nur die verneinenden, nicht auch die kunstvoll aufbauenden Sätze benützt hat. (Fichte's Naturrecht, zweiter Theil S. 94—132) [1]).

§. 14.

Die Kammer der Abgeordneten begann ihre Verhandlungen über den Gesetzes-Entwurf mit einer zweitägigen Berathung über die allgemeine Frage, ob die Todesstrafe wieder einzuführen sei. Diese Frage wurde schließlich in der 175sten Sitzung vom 2. März 1853 bejaht, indem der Antrag der Kommissions-Mehrheit mit 47 gegen 34 Stimmen verworfen wurde.

Auch die religiöse Seite der Frage war mehrfach Gegenstand der Vorträge, und die beiden in der Kammer anwesenden katholischen Geistlichen, Domkapitular Oehler und Dekan Maier, enthielten sich aus Rücksicht auf ihren priesterlichen Beruf der Theilnahme an den Berathungen und Abstimmungen, (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneteten von 1853. S. 3909—3910.)

In der folgenden, 175sten Sitzung bildeten die einzelnen Fälle, für welche die Wiedereinführung der Todesstrafe vorgeschlagen war, den Gegenstand der Berathung. Die Regierung hatte in Art. 1 des Gesetzes-Entwurfes beantragt: es solle anstatt der in Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 angedrohten lebenslänglichen Zuchthausstrafe, vorbehält-

---

1) Fichte weist namentlich auch nach, daß die „Ausstoßung" keineswegs — wie Rödinger sie auffaßt — in Deportation bestehen könne (a. a. O. S. 127).

Eine gedrängte Darstellung und gebührende, ehrenvolle Würdigung der Fichte'schen Theorie findet sich jetzt in Köstlin's System S. 411—412.

lich der in Art. 96 Z. 1 des Strafgesetzbuchs bestimmten Ausnahme, auf Todesstrafe erkannt werden:

I. wegen Hochverraths in den im Strafgesetzbuch Art. 140 Ziff. 1 bis 3 ausgehobenen Fällen eines Angriffs

1) gegen die Person des Königs oder Reichsverwesers;

2) gegen die Selbstständigkeit des Staates;

3) gegen die Staatsverfassung;

II. wegen körperlicher Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers;

III. wegen Mords.

In den Motiven wird hiezu bemerkt: es scheine die Wiederherstellung des früheren Rechts in Beziehung auf den ganzen Umfang, welchen die Todesstrafe in demselben gehabt habe, nicht geboten zu sein; vielmehr dürfte, was die Privatverbrechen betreffe, die Androhung der Todesstrafe für die Zukunft auf die Fälle des Mordes (wo dann Vergiftung, Brandstiftung u. s. w., sofern solche in mörderischer Absicht unternommen würden und eine Tödtung zur Folge gehabt haben, von selbst mit unter diesen Begriff fallen) füglich zu beschränken, und es für die anderen, wohl höchst seltenen Fälle, welche das Strafgesetzbuch mit der Todesstrafe bedroht hatte, bei der durch das Gesetz vom 13. August 1849 eingeführten lebenslänglichen Zuchthausstrafe zu belassen sein. Anbelangend dagegen die Staatsverbrechen der schwersten Art, mögen sie nun gegen die höchste Person des Staatsoberhauptes oder gegen die Staatsordnung gerichtet sein, so sei es eine absolute Forderung der Konsequenz, die Todesstrafe, wo sie überhaupt gesetzlich bestehen solle, auch für diese Verbrechen anzudrohen. Denn der Staat würde mit sich selbst und mit der ihm obliegenden nächsten Pflicht der Selbsterhaltung in Widerspruch kommen, wenn er nicht die Verbrechen der bezeichneten Art immer als die schwersten auffassen und nicht dieser Auf-

fassung folgerechterweise auch durch die Androhung der schwersten bestehenden Strafart formelle Geltung verschaffen wollte. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1852, erster Beilagen-Band, S. 594, erste Spalte.)

§. 15.

Gegen den Satz der Motive, daß die Staatsverbrechen der schwersten Art zufolge einer unabweislichen Konsequenz mit den schwersten Strafen bedroht werden müßen, erhoben sich in der Kommission drei Mitglieder: Probst, A. Seeger und Weber, indem sie Folgendes ausführten:

„Diese in den Motiven sogenannte absolute Forderung der Konsequenz scheint uns sowohl der inneren Natur als der öffentlichen Meinung zu widersprechen und in der That auf einer Verwechslung zu beruhen. Man geht hier davon aus: wie der Mörder die Existenz des Individuums, so greift der Hochverräther die Existenz des Staates an, und da der ganze Staat eine höhere Bedeutung hat, als das Individuum, da die Pflicht des Staates, sich selbst zu erhalten, der Pflicht, das Individuum zu schützen, vorgeht, so ist der Hochverrath ein schwereres Verbrechen, als der Mord. Allein der Mörder vernichtet die physische Existenz des Individuums, wodurch es aufhört, zu sein. Der Hochverräther greift nicht die physische Existenz der Staatsgesellschaft an, sondern bloß ihr Recht auf die bestehende Staatsordnung: damit soll nicht behauptet werden, daß der Hochverrath im einzelnen Fall nicht das gefährlichere Verbrechen sein kann.“

Hiernach waren die genannten Kommissionsmitglieder der Ansicht, daß der Mord allein das schwerste Verbrechen, schwerer als Hochverrath und Majestätsbeleidigung sei, und sie erklärten sich deßhalb, sowie aus weiteren Gründen, für welche sie sich besonders auf Guizot beriefen, gegen die

Androhung der Todesstrafe auf die genannten Staatsverbrechen.

Allein auch den Mord wollten sie nicht unbedingt, sondern nach dem Vorgange des badischen Strafgesetzbuches Art. 205 nur in den schwersten Fällen mit dem Tode bestraft wissen, und als solche betrachteten sie in Uebereinstimmung mit dem genannten Gesetze des Nachbarlandes diejenigen, bei welchen die Absicht des Thäters ausschließlich auf diesen Erfolg seiner Handlung, Tödtung, gerichtet ist, also den Mord aus dolus determinatus.

Derselbe Antrag war auch schon im Jahre 1838 bei der Berathung des württembergischen Strafgesetzbuches von dem Abgeordneten Römer gestellt worden, ohne jedoch Unterstützung zu finden. [Protokoll über die 45ste Sitzung der Abgeordnetenkammer von 1838 (im 4. Bande ihrer Protokolle) S. 25—27 ff. S. auch Hepp's Kommentar zum Strafgesetzbuche, Theil III. S. 33 ff.]

Die nunmehrige Wiederaufnahme jenes Vorschlages war wohl durch Hepp's Ausführung im Neuen Archiv, 1847, S. 490—494, veranlaßt; namentlich mochte durch dasjenige, was dieser Schriftsteller S. 493 bemerkt, die Erwägung hervorgerufen werden, daß der Mord aus dolus determinatus wohl im Allgemeinen und bestimmt als der schwerste Fall hervorgehoben werden dürfe, weil solche Fälle, die eine mildere Behandlung verdienen, hier nur sehr selten vorkommen und füglich der Begnadigung überlassen werden können.

Im Allgemeinen nämlich giengen die genannten drei Kommissionsmitglieder, wie sie selbst sagen, als grundsätzliche Gegner der Wiedereinführung der Todesstrafe eventuell darauf aus, daß „unter Zugrundlegung ihrer Klassifikation der Verbrechen nach der Schwere derselben nur das schwerste und sofort mittelst Anreihung des ihm am nächsten stehenden Ver-

brechens die minder schweren Verbrechen wieder mit dieser Strafe bedroht werden".

Folgerichtig stellten sie daher für den Fall, daß der oben S. 77 genannte Antrag abgelehnt werden sollte, einen zweiten eventuellen Antrag dahin: die Todesstrafe auf die Fälle des Mordes zu beschränken.

Aus der Begründung dieses Antrags ist hervorzuheben, daß die Todesstrafe, wie in England, so auch in Württemberg seit längerer Zeit nur bei diesem Verbrechen vollzogen worden sei, und daß auch die Volksansicht, soweit sie sich für Beibehaltung, beziehungsweise Wiedereinführung der Todesstrafe ausgesprochen habe, eben dieses Verbrechen im Auge habe.

Für die allgemeine Bedrohung des Mordes mit der Todesstrafe, also gegen die Beschränkung der letzteren auf die Fälle des **dolus determinatus** erklärte sich die Mehrheit der Kommission aus folgenden Gründen: der Grad der geringeren Strafbarkeit sei bei dem unbestimmten Vorsatze kein so wesentlicher, daß eine derartige Unterscheidung als gerechtfertigt erscheinen würde, namentlich dann, wenn es dem Verbrecher gleichgültig sei, ob der Tod oder eine Körperverletzung eintrete. Selbst in dem Falle, wenn der Verbrecher zwar die Tödtung nicht zunächst wolle, aber sie gleichwohl billige, wenn sie dennoch, wider sein Erwarten, eintreten sollte, wolle er sie im Grunde genommen doch auch. Ueberdieß komme in Betracht, daß die angeregte Unterscheidung zwischen dem bestimmten und unbestimmten Vorsatze zur Umgehung der Todesstrafe benützt werden könne, was, wenn das Gesetz sich einmal für die letztere entschieden habe, selbst die Gegner dieser Strafe nicht billigen könnten [1]).

---

1) Letzterem Grunde konnte natürlich keine Bedeutung beigelegt werden. Denn er würde ja dahin führen, alle gesetzlichen Unterscheidungen, welche möglicher Weise zur Umgehung einer strengeren Strafe in Fällen, wo

In dritter Linie, für den Fall, daß auch der Antrag, den Mord allgemein mit dem Tode zu bedrohen, der Kammer nicht genügen würde, machten die Kommissionsmitglieder Weber, A. Seeger und Probst den Vorschlag: daß die Todesstrafe wenigstens auf den Mord und den an dem Regenten versuchten Mord beschränkt werde.

Hiezu bemerken sie: wenn auch die Todesstrafe bei politischen Verbrechen nicht ausgeschlossen werden wolle, so sei doch zwischen den Fällen, welche der Entwurf wieder collective, wie das Strafgesetzbuch, mit der Todesstrafe bedrohe, sehr zu unterscheiden.

Zunächst sei zu bemerken, daß ein Angriff auf das Leben des Regenten mehr die Eigenschaft eines Verbrechens gegen die Person, als die eines Staatsverbrechens habe, wie denn für solche Angriffe auch von der zur Revision des Code pénal niedergesetzten belgischen Kommission trotz der Vernichtung des

---

dieselbe verdient ist, führen könnten, zu beseitigen (z. B. den Todtschlag dem Morde gleich zu bestrafen; denn es ist ja denkbar, daß ein Mörder deßhalb, weil der Vorbedacht nicht erwiesen sei, mit der bloßen Strafe des Todtschlags davonkommen könnte).

Daß der eventuelle Vorsatz in den regelmäßigen Fällen minder strafwürdig sei, als der bestimmte, wird nicht bezweifelt werden können. Eine andere Frage aber ist die, ob der Unterschied zwischen beiden so erheblich sei, daß der eventuelle Vorsatz aus inneren (legislativen) Gründen die Anwendung einer milderen Strafart, überhaupt ein Herabsteigen unter die absolut bestimmte Strafe, beziehungsweise unter das niedrigste Maaß der nur relativ bestimmten Strafe, welche den mit bestimmtem Vorsatze Handelnden treffen solle, zur Folge haben müße. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden: für den reinen eventuellen Vorsatz in demjenigen wissenschaftlichen Sinne, wie er z. B. von Wächter (Lehrbuch I. S. 127. Anm. 53), Berner (Imputationslehre S. 186), Köstlin (System S. 195. litt. b) aufgefaßt wird, ist sie wohl zu bejahen, dagegen für die Konkurrenzfälle von eventuellem, auf Tödtung und bestimmtem, auf Körperverletzung gerichtetem Vorsatze (s. Art. 57 des Strafgesetzbuches, a. E.) zu verneinen. (S. jetzt auch Köstlin's System S. 197. Zusatz 2 a. E.)

politischen Schaffots Todesstrafe beantragt werde. Bei dem Grundsatze, daß in der Monarchie der König unverletzlich sein solle, erscheine ein Angriff auf das Leben desselben als das dem Mord am Nächsten stehende Verbrechen.

In Beziehung auf die anderen Fälle des Hochverrathes und die Majestätsbeleidigung schloßen sich Weber, A. Seeger und Probst der Auffassung Hepp's an, welcher im Neuen Archiv 1847. S. 469—479 die vom Strafgesetzbuch aufgestellte allgemeine Androhung der Todesstrafe als großen Mißbrauch der letzteren tadelt; jedoch stellten sie in vierter Linie den in der Reihenfolge sich anschließenden eventuellen Antrag, welcher durch den Beitritt des Abgeordneten Wiest die Mehrheit erhielt: daß die Todesstrafe auf die Fälle von I. 1. und III. des Art. 1 des Regierungsentwurfs, also auf den Fall eines im Art. 140. Z. 1 des Strafgesetzbuchs (zu vergleichen Art. 141. Z. 1 des Strafgesetzbuchs) näher bezeichneten Angriffs gegen die Person des Königs oder Reichsverwesers, sowie auf den Fall des Mords beschränkt werden solle.

In diesem Antrage lag als nothwendige Folge, daß es hinsichtlich der im Art. 1 des Gesetzesentwurfes unter I. 2 und 3, sowie unter II. bezeichneten Fälle bei der Bestimmung des Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849, also bei lebenslänglicher Zuchthausstrafe, zu verbleiben haben sollte.

Gegen alle im Bisherigen genannten Anträge erklärten sich dieselben Kommissionsmitglieder, welche die allgemeine Vorfrage, ob die Todesstrafe wieder eingeführt werden solle, bejaht hatten und hiemit in der Minderheit geblieben waren (Bek, Rothenhöfer und von Teuffel). Diese Abgeordneten sprachen sich dafür aus, den Art. 1 des Gesetzesentwurfes nach seinem ganzen Umfang anzunehmen, und begründeten diesen Antrag mit Folgendem:

„Zu allen Zeiten und von allen Gesetzgebungen wurden Mord und Hochverrath für die schwersten Verbrechen erklärt: jener als die subjektiv, dieser als die objektiv gefährlichste Handlung [1]). Darum finden sich auch beide Verbrechen in allen deutschen Gesetzgebungen noch mit der höchsten Strafe bedroht. Und daß diese Gleichstellung des Hochverraths mit dem Mord im Grade der Strafbarkeit eine vollkommen richtige sei, haben die Erfahrungen der Jahre 1848 und 1849 hinreichend bestätigt. Gerade nach solchen Ereignissen nun, gerade unmittelbar nach Erschütterung alles Bestehenden durch die frevelhaftesten Unternehmungen, welche auch unser Land beinahe an den Rand des Abgrundes brachten, während im Nachbarland der Bürgerkrieg tobte, den Hochverrath milder bestrafen, ihn nicht mehr unter die schwersten Verbrechen zählen zu wollen, hieße, der Revolution, die man doch nicht will, eine gesetzliche Koncession machen, während eine gesunde Kriminalpolitik das Gegentheil um so mehr gebietet, als die Zeit jener Unternehmungen noch keineswegs vorüber ist, wie Jeder mit offenen Sinnen weiß. Es könnte darum allein sich noch fragen, ob auch der Fall körperlicher Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers (Art. 1, Ziff. II. des Entwurfs) noch mit dem Tode zu bedrohen sei, wie der Entwurf will und wie schon das Strafgesetzbuch in Art. 150, Ziffer 1 gethan hat. Wir treten aber auch hier dem Entwurfe deßwegen bei, weil in einer Zeit, wo, nicht zum Frommen des öffentlichen Wohls, keine Gelegenheit versäumt wird, die monarchische Staatsordnung, wie das Ansehen des Monarchen zu schwächen, die Gesetzgebung um so mehr und um so kräftiger

---

1) Sollte der Grund bloß die Gefährlichkeit der Handlung sein? Jedenfalls ist der Sinn, in welchem hier die Worte „objektiv" und „subjektiv" genommen werden, dem richtigen (dem wissenschaftlichen sowohl als dem gemeinen) Sprachgebrauch entgegen.

den Satz festhalten muß, daß die Person des Monarchen geheiligt und unverletzlich sei."

§. 16.

In der Kammer der Abgeordneten kam zuerst, am 3. März, die Frage zur Berathung, ob und inwieweit für den Mord die Todesstrafe wieder eingeführt werden solle. (Protokoll über die 176ste Sitzung, S. 3918—3929.) Der erste Theil dieser Frage wurde mit großer Mehrheit bejaht. In Beziehung auf den zweiten Theil wurde von dem Abgeordneten Stockmayer folgender Antrag gestellt, welcher einerseits den ersten eventuellen Antrag der einen Kommissionsminderheit in sich schloß, andererseits aber die durch die allzu weite Auffassung der vollendeten Tödtung im Strafgesetzbuche (Art. 235, Absatz 1) bedingten Folgen wenigstens in Beziehung auf den Mord beseitigen sollte:

„Die Todesstrafe kann nur in dem Falle von Mord ausgesprochen werden, wenn die Handlung des Thäters nicht nur auf Tödtung bestimmt gerichtet war, sondern auch nachgewiesen ist, daß der Tod durch diese That herbeigeführt wurde". (S. das angef. Protokoll S. 3920.)

Dieser Antrag wurde durch Zuruf, der Antrag, die Todesstrafe auf den Mord aus dolus determinatus zu beschränken, in namentlicher Abstimmung mit 47 gegen 32 Stimmen abgelehnt. (Protokoll S. 3927 u. 3928.)

Der Stockmayer'sche Antrag war als ein ungetheilter gestellt und deßhalb auch ungetheilt zur Abstimmung gebracht worden.

Durch die Verwerfung der beschränkenden Anträge war nun festgestellt, daß der vollendete Mord unter allen Umständen mit dem Tode bestraft werden und in Beziehung auf die Frage, wann Vollendung des Mordes anzunehmen sei, das

bisherige Recht, auch soweit es von den allgemeinen Grundsätzen abweicht, in Kraft bleiben solle.

Auch die Frage, wie der Mordversuch zu behandeln sei, war in derselben Sitzung — durch einen Antrag des Abgeordneten Pfeiffer — angeregt, aber ohne Beschluß wieder verlassen worden; erst in der 178sten Sitzung wurde sie von dem Berichterstatter Weber wieder aufgenommen, und auf dessen vom Justizminister gebilligten Antrag beschlossen, den Gesetzesentwurf durch folgenden Satz zu ergänzen:

„Bei dem Verbrechen des Mords soll der Versuch mit Zuchthaus nicht unter 8 Jahren bestraft werden."

Die beiden Staatsverbrechen, für welche die Todesstrafe wieder vorgeschlagen war, wurden in der 177sten Sitzung vom 4. März 1853 Gegenstand der Berathung. Die letztere bewegte sich hier, wie es theilweise schon bei der allgemeinen Verhandlung über die Wiedereinführung der Todesstrafe der Fall gewesen war, vorzugsweise auf dem Gebiete der Politik. Diese Seite der Frage war schon in der oben S. 81 mitgetheilten Begründung der Kommissionsminderheit angeregt und in der ersten Rede, der des Abgeordneten Camerer, welcher den Minderheitsantrag unterstützte, weiter verfolgt worden. (Protokoll S. 3931—33.)

Hiedurch wurden Erwiderungen von der entgegengesetzten Seite hervorgerufen, und so nahm die Besprechung eine Richtung, welche zwar bei einer aus verschiedenen politischen Parteien zusammengesetzten Ständeversammlung sehr natürlich war, aber andererseits gewiß auch die dringende Mahnung der Abgeordneten Duvernoy und Weber, die Kammer möchte doch den allgemeinen, rechtlichen Gesichtspunkt nicht in den Hintergrund treten lassen (S. 3953, 3954), und die entsprechende Begründung einiger die Todesstrafe bei Staats-

verbrechen überhaupt verwerfenden Abstimmungen (S. 3959) rechtfertigte.

Das Ergebniß der Verhandlung war die Annahme des Antrages, auf welchen schon in der Kommission die Mehrheit der Stimmen sich wenigstens eventuell vereinigt hatte (s. ob. S. 80). Alle anderen, von den zwei entgegengesetzten Minderheiten der Kommission ausgegangenen Anträge wurden verworfen, und insbesondere die Frage, ob auf körperliche Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers die Todesstrafe gesetzt werden solle, bei vorliegender Gleichheit der Stimmen (40 gegen 40) durch die des Präsidenten verneinend entschieden. (Protokoll S. 3958—3959.)

§. 17.

Die Kammer der Standesherren genehmigte die Wiedereinführung der Todesstrafe mit Stimmeneinhelligkeit [1]; sie war damit einverstanden, daß für den vollendeten Mord die Todesstrafe wieder allgemein angedroht und in Beziehung auf den Versuch dieses Verbrechens der von der zweiten Kammer vorgeschlagene Zusatz in's Gesetz aufgenommen werden solle. Dagegen gieng sie in Beziehung auf die Staatsverbrechen weiter als die Kammer der Abgeordneten, indem sie den hochverrätherischen Angriff überhaupt (nicht bloß den gegen die Person des Staatsoberhauptes gerichteten) und die körperliche Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers wenigstens dann, wenn sie mit Vorbedacht verübt sei, mit dem Tode bestraft wissen wollte. (Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 18⁵¹/₅₃, Bd. III. S. 905—907;

---

1) Im Großherzogthum Hessen war die Wiedereinführung der Todesstrafe 1852 von der zweiten Kammer der Landstände mit 23 gegen 21, von der ersten dagegen, wie in Württemberg, einstimmig angenommen worden. (Bopp, im Neuen Archiv 1855. S. 425, 432.)

Zusammenstellung der Beschlüsse dieser Kammer, in dem ersten Beilagen-Bande zu den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer S. 996, 997 [Nr. 438, Unterbeilage]; Bericht der Justizgesetzgebungs-Kommission der Kammer der Abgeordneten, ebendaselbst S. 1077 [Nr. 464]).

Die Kammer der Abgeordneten beharrte in Beziehung auf den Hochverrath auf ihren früheren Beschlüssen (Protokoll der 215ten Sitzung [Bd. 6] S. 5343) und gieng dagegen bei der Majestätsbeleidigung auf den Mittelweg ein, welchen die Kammer der Standesherren gewählt hatte. (Protokoll der 216ten Sitzung [Bd. 6] S. 5353; Antwort-Note an die Kammer der Standesherren, in dem angeführten Beilagen-Bande S. 1090 [Nr. 467]).

In der ersteren Frage gaben schließlich die Standesherren und die K. Staatsregierung dem Antrage der Abgeordnetenkammer nach (Verhandlungen der Kammer der Standesherren, Bd. III. S. 968—970; Antwort-Note derselben Kammer, in dem angeführten Beilagenbande zu den Verhandlungen der zweiten Kammer, S. 1206 [Nr. 492]; Zusammenstellung der Beschlüsse der Ständeversammlung, ebendaselbst S. 1207. [Unterbeilage b zu Nr. 492.]), und so erhielt denn der Artikel 1 des Gesetzes folgende Gestalt:

„Anstatt der im Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 angedrohten lebenslänglichen Zuchthausstrafe soll, vorbehältlich der im Art. 96, Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs bestimmten Ausnahme, auf Todesstrafe erkannt werden:

I. wegen Hochverraths in den im Strafgesetzbuch Art. 140, Ziffer 1 herausgehobenen Fällen eines Angriffs gegen die Person des Königs oder Reichsverwesers;

II. wegen mit Vorbedacht zugefügter körperlicher Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers;

III. wegen Mords.

Bei dem Verbrechen des Mords soll der Versuch mit Zuchthaus von acht bis zu fünfundzwanzig Jahren bestraft werden."

An die Stelle dieser letzteren Bestimmung trat durch das Gesetz über Freiheitsstrafen vom 14. April 1855, Art. 2, Ziffer 4. die folgende, allgemeinere:

„Der Versuch eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens soll mit Zuchthaus von acht bis fünfundzwanzig Jahren bestraft werden."

Diese Erweiterung hatte offenbar schon im Sinne des früheren Gesetzes gelegen, und die oben angegebene, auf den Mord beschränkte Fassung war lediglich Folge eines Zufalles gewesen.

Beim Hochverrathe nämlich kann es sich im württembergischen Rechte überhaupt nie von einer Strafe des eigentlichen Versuchs handeln, weil der Begriff der Vollendung bei diesem Verbrechen so weit gefaßt ist, daß außer ihr kein Versuch im Sinne unseres württembergischen Rechtes, sondern nur Vorbereitungshandlungen übrig bleiben, deren Strafe schon im Gesetze vom 13. August 1849, Art. 20 bestimmt ist.

Auf die Majestätsbeleidigung in den Fällen des Artikels 1 dagegen ist zwar der Begriff des Versuches anwendbar, allein hier wurde es lediglich übersehen, für denselben eine besondere Strafe festzusetzen, und zwar offenbar aus dem zufälligen Grunde, daß in der Abgeordnetenkammer bei der ersten Berathung die Todesstrafe für Majestätsbeleidigung überhaupt verworfen wurde, und später der Versuch, dessen besondere Beachtung beim Morde eben nur in jener ersten Verhandlung angeregt worden war, nicht mehr zur Sprache kam.

Es soll nun im Folgenden näher erörtert werden, welchen Einfluß die in dem bezeichneten Artikel 1 des neuen Gesetzes vollzogene Wiedereinführung der Todesstrafe auf

einzelne Lehren des württembergischen Strafrechtes ausgeübt hat: und hieran mag sich sodann eine Darstellung derjenigen Fälle reihen, für welche die Todesstrafe zwar im Gesetzbuche von 1839 gedroht war, aber in dem Gesetze von 1853 nicht wiederhergestellt worden ist.

Daß auch diese letztere Untersuchung nicht umgangen werden kann, wenn man einen vollständigen Ueberblick über das jetzige Gebiet der Todesstrafe erhalten will, wird die Darstellung selbst ergeben.

§. 18.

Der Hochverrath

wird mit dem Tode bestraft, wenn er mittelst eines Angriffes auf die Person des Königs oder Reichsverwesers begangen worden ist.

Die verbrecherische Handlung ist also hier ein gegen die Person des Staatsoberhauptes gerichteter Angriff, welcher dahin abzielt, den Regenten zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern, oder demselben auf irgend eine Weise die Ausübung der Regierung unmöglich zu machen (s. oben S. 24).

Das Verbrechen ist vollendet, mithin die Todesstrafe verwirkt, sobald die Ausführung des bezeichneten Angriffs begonnen worden ist, mag derselbe auch gleich ganz mißlungen sein oder doch den beabsichtigten letzten Erfolg nicht gehabt haben.

Hierin stimmt das Strafgesetzbuch sowohl mit dem vormaligen gemeinen, als mit dem früheren württembergischen Recht überein [1]). Sowohl die Worte des Strafgesetzbuches,

---

1) Wächter, Lehrbuch Bd. II. S. 521. Bauer, Lehrbuch S. 488 —489. Zachariä, im Neuen Archiv 1836. S. 236—247. Württem-

als die Motive lassen in dieser Beziehung keinen Zweifel übrig; indessen ist das frühere Recht in den Motiven nicht richtig aufgefaßt, indem die letzteren sagen, das gemeine deutsche Recht habe bei dem Hochverrathe den Versuch dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt, das (damals) bestehende Recht habe für den Versuch, oder, in der Sprache der Doctrin, für den nahen Versuch, die Strafe des Hochverrathes (d. h. die ordentliche Strafe des vollendeten Hochverrathes) bestimmt.

Dieß war allerdings — aber mit Unrecht — von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern theils aus allgemeinen Gründen, theils mit Berufung auf das römische Recht und die goldene Bulle behauptet worden, z. B. von Grolman (Grundsätze §. 330) und Klein (Grundsätze §. 502). Auch Hufnagel, Kommentar Bd. I. S. 340—341 folgt den Letzteren.

Uebrigens war in Beziehung auf diejenigen Fälle, welche die Ziffer 1 des Artikels 140 bezeichnet, auch für das gemeine Recht die Streitfrage unerheblich: denn sobald ein Angriff unternommen war, lag auch nach gemeinem Rechte (und ebenso nach dem angeführten württembergischen Gesetze von 1810) vollendeter Hochverrath vor.

Für alle anderen, in hochverrätherischer Absicht begangenen Handlungen, außer den Angriffen auf die Person des Staatsoberhauptes, ist durch das Gesetz vom 17. Juni 1853 am bestehenden Rechte Nichts verändert worden. Es sind also

1) Hochverrätherische Angriffe gegen die Selbstständigkeit und die Verfassung des Staates — woferne sie nicht zugleich einen schon begonnenen hochverrätherischen Angriff auf die Person des Königs oder Reichsverwesers in sich schließen — nach dem Gesetze vom 13. August 1849, in Verbindung mit

---

bergisches Majestätsgesetz vom 5. März 1810. Artikel III., verglichen mit Artikel VII.

dem Strafgesetzbuche Art. 141. Ziffer 1, Art. 140. Ziffer 2 und 3, mit lebenslänglichem Zuchthause zu bestrafen.

2) Eine hochverrätherische Verschwörung, welche noch keinen Angriff zur Folge hatte, zog nach dem Strafgesetzbuche für die Anstifter zwanzigjähriges bis lebenslängliches, für die übrigen Theilnehmer achtjähriges bis zwanzigjähriges Zuchthaus nach sich.

Die Strafe der Anstifter war also entweder 20—25jähriges (Strafgesetzbuch Art. 11) oder lebenslängliches Zuchthaus. An die Stelle des letzteren trat nach dem Gesetze vom 13. August 1849 Zuchthaus von 20—30 Jahren, so daß also die Strafe für die Anstifter innerhalb des Rahmens von 20 bis 30 Jahren zu bemessen war.

Nun ist aber jetzt durch das Gesetz vom 14. April 1855 eine neue Aenderung erfolgt. Nach demselben soll von dem 1. Juli 1855 an die zeitliche Zuchthausstrafe um ein Fünftheil unter demjenigen Betrag, auf welchen nach dem bisherigen Rechte ohne die Bestimmung des Artikels 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 über das Maximum der zeitlichen Zuchthausstrafe zu erkennen gewesen wäre, bemessen werden. Von dieser Regel sind aber einige Ausnahmen gemacht, und insbesondere ist durch den Art. 2 Ziffer 1 des genannten Gesetzes von 1855 die Bestimmung im Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 aufrecht erhalten, daß die im Strafgesetzbuche mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen mit Zuchthaus von 20 bis 30 Jahren bestraft werden sollen.

Hiernach ist jetzt der Anstifter einer hochverrätherischen Verschwörung alsdann, wenn ihn nach dem Strafgesetzbuch lebenslängliches Zuchthaus getroffen hätte, mit Zuchthaus von 20 bis 30 Jahren zu bestrafen; in denjenigen Fällen, in welchen nach dem Gesetzbuche seine Strafe innerhalb des Rahmens von 20 bis 25 Jahren zu bestimmen gewesen wäre,

wird ihm die Strafdauer jetzt um ein Fünftel unter diesem Betrage bemessen.

Die Strafe der übrigen Theilnehmer beträgt jetzt, nach Art. 1 und 5 des Gesetzes vom 14. April 1855, im Minimum sechs Jahre und vier Monate, im Maximum 16 Jahre.

Noch ist hier die Frage zu erörtern, ob bloß diese Strafbestimmungen auch alsdann eintreten, wenn die Verschwörung auf die Unternehmung eines hochverrätherischen Angriffes gegen die Person des Königs oder Reichsverwesers abzielt.

Man könnte versucht sein, die Verschwörung in einem solchen Falle, obgleich sie vollendeter Hochverrath ist, doch von einer anderen Seite zugleich als Versuch eines todeswürdigen Verbrechens aufzufassen und deßhalb wegen Art. 2. Ziffer 4 des Gesetzes vom 14. April 1855 achtjähriges Zuchthaus für das Minimum der Strafe zu halten. Allein dieß wäre gegen den württembergisch-rechtlichen Begriff des Versuches, da zu demselben Anfang der Ausführung erfordert und folgerichtig die Verschwörung (das Komplott) noch nicht als Versuch aufgefaßt wird.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit, welche schließlich zu erwähnen ist, entsteht durch die Grundsätze, welche das württembergische Recht über Angriffe und Verschwörungen gegen fremde Staaten aufstellt.

Der Württemberger, welcher sich gegen einen auswärtigen, mit dem unserigen in völkerrechtlichen Beziehungen stehenden Staat einen Angriff oder eine Verschwörung mit der in Artikel 140 des Strafgesetzbuches bezeichneten Richtung wider das Oberhaupt, die Selbstständigkeit oder die Verfassung jenes Staates zu Schulden kommen läßt, verletzt ohne Zweifel das völkerrechtliche Band, welches zwischen den beiden Staaten besteht, in strafwürdiger Weise; allein Hochverrath wäre sein Verbrechen nach allgemeinen Grundsätzen nur

dann, wenn er zur Zeit der Begehung sich in dem betreffenden fremden Staate aufhielte, also zeitlicher Unterthan desselben wäre [1]). Ebenso verhält es sich mit einem Angriff oder einer Verschwörung, welche von Ausländern im Auslande gegen den württembergischen Staat oder dessen Oberhaupt ausgiengen.

Anders nach den Motiven zum württembergischen Strafgesetzbuch. „Es soll auch" — sagen dieselben S. 123 u. — „der Württemberger, welcher an einem ausländischen Staat, in dessen Gebiet oder im Inland, und der Ausländer, welcher an einem auswärtigen Staat im Gebiete von Württemberg, oder im Auslande an Württemberg einen Hochverrath begeht, nach württembergischen Gesetzen gerichtet werden." Nach dem Strafgesetzbuche, für dessen Auslegung hier unzweifelhaft diese Stelle der Motive maaßgebend ist, mußte also im obigen Falle, wenn ein Angriff unternommen war, unbedingt Todesstrafe eintreten. Wie verhält es sich aber jetzt? Die abstrakte logische Konsequenz scheint auf den ersten Anblick dafür zu sprechen, daß man auch auf Angriffe gegen die Person fremder Regenten den Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 zur Anwendung bringen, mithin für solche Angriffe, wenn sie die dort bezeichneten Richtungen haben, die Todesstrafe als gedroht betrachten müße. Denn es heißt ja in diesem neuen Gesetze ausdrücklich: „in den im A r t i k e l 140. Z i f f e r 1 des Strafgesetzbuches h e r a u s g e h o b e n e n Fällen", und zu diesen Fällen — könnte man sagen — gehören alle diejenigen, auf welche die Auslegung überhaupt, also auch die oben angegebene, durch die Motive begründete Auslegung führt.

Allein in der That handelt es sich ja jetzt nicht mehr um eine Auslegung des Strafgesetzbuchs, sondern um die des

1) s. H e p p, im Neuen Archiv 1847. S. 470—472; B e r n e r, Wirkungskreis der Strafgesetze (1853) S. 132—133, 155—157.

neuen Gesetzes. Dafür aber, wie das letztere aufzufassen sei, sind die Motive des Strafgesetzbuches nicht maaßgebend, und die Verhandlungen der Ständeversammlung von 1853 führen auf das entgegengesetzte Ergebniß, für welches zum Mindesten der Satz „in dubio in mitius" entscheiden muß.

Zwar wurde in der Kommission der zweiten Kammer unter den manchen, aus Hepp's oft angeführter Abhandlung (im Neuen Archiv, 1847, S. 470—476) entlehnten Bedenken gegen den Entwurf, welcher alle hochverrätherischen Angriffe mit der Todesstrafe bedroht wissen wollte, auch bemerkt, daß hiebei keine Rücksicht darauf genommen sei, ob der Hochverrath an Württemberg oder an einem fremden Staate verübt werde [1]).

Allein diese Aeußerung ist viel zu unbestimmt, als daß aus ihr auf die strenge Auslegung geschlossen werden müßte; überdieß ist sie gar nicht eine Bemerkung der Kommission selbst, sondern nur einer Minderheit in derselben und nicht eine Erläuterung des (später zur gesetzlichen Bestimmung erhobenen) Kommissionsantrages, sondern nur eine unter einer Menge einzelner Bedenken mit erhobene Einwendung gegen den Vorschlag der Regierung, welcher allerdings jeden hochverrätherischen Angriff mit dem Tode bedroht wissen wollte, und daher auch für den an fremden Staaten verübten Hochverrath keinen Ausweg gelassen hätte.

Ganz anders aber, als nach dem Entwurfe, muß sich das Ergebniß in unserer Frage nach dem Gesetze selbst gestalten.

Die Worte des Gesetzes „König oder Reichsverweser" beziehen sich offenbar bloß auf das württembergische Staatsoberhaupt, und dürfen nicht auf Angriffe gegen Regenten anderer Staaten vermöge extensiver Auslegung bezogen werden,

---

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851—53, I. Band der Beilagen S. 856.

da zu einer solchen, von den Worten abweichenden Auffassung in dem Gesetze und in den Verhandlungen über dasselbe kein hinreichender Anhaltspunkt gegeben ist, vielmehr die Verhandlungen geradezu auf das Gegentheil hinweisen.

Der entscheidende Sinn ist hier, da es sich von einer gemäß dem Antrage der zweiten Kammer getroffenen Bestimmung handelt, derjenige, von welchem diese Kammer ausgegangen ist [1]). Nun leidet es aber wohl nach dem Gesammteindrucke, welchen die Verhandlungen machen, keinen Zweifel, daß diese Kammer eben nur eine bestimmte, schwerste Art des Hochverrathes mit dem Tode bestraft wissen wollte, und als diese Art gerade nur die Angriffe auf die Person des württembergischen Staatsoberhauptes betrachtete. Denn sobald man einmal zwischen den verschiedenen Arten des hochverrätherischen Angriffes Unterschiede der Strafbarkeit aufstellte, mußte man doch Angriffe auf die Selbstständigkeit und Verfassung des einheimischen Staates für schwerer halten, als Angriffe auf die Person eines auswärtigen Staatsoberhauptes. — Hiegegen kann auch die oben S. 92 erwähnte Bemerkung dreier Kommissionsmitglieder nicht in Betracht kommen, da sie hiezu nicht nur viel zu unbestimmt ist, sondern auch mit dem Beschlusse der Kammer gar nicht in unmittelbarer Beziehung steht, wie sie denn auch in der Debatte gar nicht beachtet wurde.

Aus demselben Grunde schon ist auch analoge Ausdehnung der Ziffer 1 nicht zuläßig; von dieser aber könnte es sich hier allein handeln, sobald man einmal davon ausgeht, daß der Gesetzgeber an den übergegangenen Fall nicht gedacht habe [2]).

---

1) s. Wächter, Handbuch des württembergischen Privatrechtes II. S. 148—149.

2) Ich folge in Beziehung auf das Verhältniß der Begriffe „Auslegung“ und „Analogie“ dem gewöhnlichen Sprachgebrauche (s. Wächter,

Da mithin eine Ausdehnung der Todesstrafe auf die mehrfach genannten Fälle geradezu widersinnig wäre, so bleibt Nichts übrig, als in dieser Beziehung dem bisherigen Rechte, so wie es nach dem Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849, in Verbindung mit dem Art. 140. Ziffer 1, Art. 141 des Strafgesetzbuches, bestand, auch jetzt noch praktische Gültigkeit zuzugestehen. Dieß geht um so mehr an, als dieses frühere Recht nicht ausdrücklich und in seinem ganzen Umfange, sondern nur stillschweigend insoweit aufgehoben worden ist, als an seine Stelle die neuen Bestimmungen getreten sind.

Es kann dagegen auch nicht eingewendet werden, daß auch in Beziehung auf das durch die neuen Gesetze festgestellte, heutige Recht die allgemeinen Grundsätze des Strafgesetzbuches, also namentlich die Artikel 3 und 4 desselben, welche den Wirkungskreis der Strafgesetze betreffen, zur Anwendung kommen müßen. Denn aus dem allgemeinen Satze, daß in der Regel nach württembergischem Rechte alle, auch im Auslande und gegen Personen des Auslandes von Württembergern verübten Verbrechen zu richten sind (Art. 3), folgt, in Verbindung mit der oben angeführten Stelle der Motive, nur so Viel, daß der Württemberger, welcher im In- oder Auslande die Person eines auswärtigen Regenten zu dem Zwecke angreift, denselben zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder ihm auf irgend eine Weise die Ausübung der Regierung unmöglich zu machen, im Allgemeinen

---

im Neuen Archiv 1844. S. 417 ff.). Abweichend von demselben ist derjenige Sinn, in welchem Müller (Verbr. gegen die materielle Integrität der Eisenbahnen [1847] S. 144—148) den Begriff der Interpretation auffaßt. Uebrigens müßen auf die neuen württemb. Strafgesetze die von Wächter a. a. O. S. 547 ff. bezeichneten Beschränkungen der Analogie ebenso Anwendung finden, wie die allgemeinen Grundsätze des Strafgesetzbuches überhaupt. Dieß stimmt gleichfalls mit dem oben, im Text, aufgestellten Ergebniß zusammen.

nach den Bestimmungen über den Hochverrath zu behandeln ist, nicht aber, daß er sich gerade derjenigen Art des Hochverrathes schuldig mache, welche nach dem neuen Gesetze als die schwerste erscheint und mit dem Tode bestraft wird.

Eine andere Folge dagegen wird allerdings durch jene Bestimmungen des Strafgesetzbuches über den Wirkungskreis des württembergischen Rechtes herbeigeführt. Nach Art. 4 des Gesetzbuches, in Verbindung mit dem Art. 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853, müßen hochverrätherische Angriffe auf die Person des württembergischen Staatsoberhauptes (woferne überhaupt unsere Gerichte einzuschreiten haben) immer, auch wenn sie von Ausländern im Auslande verübt worden sind, mit dem Tode bestraft werden. Daraus kann aber gegen die obige Entscheidung nicht der Vorwurf, daß sie inkonsequent sei, abgeleitet werden: denn im zuletzt berührten Falle sind wir durch den Wortlaut des neuen Gesetzes selbst zu der strengen Ansicht genöthigt, während es sich in dem anderen (wo ein Württemberger das auswärtige Staatsoberhaupt angreift) um die Frage handelt, ob eine ausdehnende Auslegung zuläßig sei, wozu doch besondere Gründe vorliegen müßten.

Uebrigens kann auch der Gesetzgebung wenigstens für den Fall, wo es sich um die Strafe eines von einem Ausländer im Auslande gegen das württembergische Staatsoberhaupt verübten Angriffes handelt, nicht der Vorwurf der Inkonsequenz gemacht werden: denn hier ist das Einschreiten des württembergischen Staates, wie die Motive S. 15 ausdrücklich sagen, nicht auf ein Recht desselben, zu strafen, gestützt, sondern auf sein „Nothrecht, rechtswidrige Angriffe gegen seine Sicherheit von außen durch Zwang abzuwehren.“

§. 19.

Majestätsbeleidigung

soll mit dem Tode bestraft werden, wenn sie in einer mit Vorbedacht zugefügten körperlichen Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers besteht.

Das Wort „Mißhandlung" ist hier ebenso auszulegen, wie, nach dem oben S. 25 Bemerkten, in der entsprechenden Stelle des Strafgesetzbuches. Dieser Deutung, welche schon dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß ist, widerstreitet auch dasjenige nicht, was über den Sinn jenes Ausdruckes bei den ständischen Verhandlungen von 1853 bemerkt worden ist. Es muß aber auf diese letzteren Verhandlungen hier ein Blick geworfen werden, da einzelne Sätze aus denselben auf Mißverständnisse und übermäßige Ausdehnung der Todesstrafe führen könnten.

Die Justizgesetzgebungskommission der zweiten Kammer hatte in dem Berichte, welchen sie über die abweichenden Beschlüsse der Kammer der Standesherren zu erstatten hatte, behauptet, es würde jede schwerere Thätlichkeit unter die Strafbestimmung der Ziffer II. fallen; eine Körperverletzung sei im Art. 150 des Strafgesetzbuches nicht vorausgesetzt [1]).

Hiegegen erinnerte nun der Justizminister bei der Verhandlung der zweiten Kammer vom 10. Mai 1853, „daß die Sache gar nicht so stehe, als ob eine jede, somit auch eine leichtere Körperverletzung unbedingt schwerer wäre, als eine Thätlichkeit. Bei der Körperverletzung, welche eine vorübergehende Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht habe, steige das Strafgesetzbuch im Art. 260 herunter bis auf ein Strafmaaß von einem Monat, während es bei der Ehren-

---

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851—53, I. Band der Beilagen S. 1078.

kränkung durch Thätlichkeiten, wo also eine Körperverletzung nicht nothwendig konkurrire, ein Aufsteigen bis zu einem Jahre Gefängniß zulasse .... Es sei nicht davon die Rede, daß jede thätliche Beleidigung die Todesstrafe nach sich ziehen solle; vielmehr sei bei der im Strafgesetzbuch Art. 150 aufgestellten Unterscheidung die körperliche Mißhandlung der bloßen Thätlichkeit als ein entschieden Schwereres entgegengesetzt, was ein bedeutendes Temperament in die Sache bringe."

Dieser Auffassung traten sofort der ritterschaftliche Abgeordnete, Freiherr v. Ow, und der Berichterstatter der Kommission (Wiest von Ehingen) bei — Letzterer mit der Bemerkung, daß die oben angeführte Aeußerung der Kommission auf einer Verwechslung mit der Bestimmung des badischen Strafgesetzbuches beruhe [1]).

Eine scheinbare Abweichung findet sich nun allerdings zwischen den angeführten Worten des Justizministers und derjenigen Auslegung, welche nach der Aeußerung des ersten Regierungskommissärs von 1838 der entsprechenden Bestimmung des Strafgesetzbuches zu geben war: der Letztere wollte als Mißhandlung nur die schwersten [2]), der Erstere die schwereren Fälle aufgefaßt wissen, und man könnte sich versucht fühlen, diesem Unterschiede die praktische Bedeutung beizulegen, daß die Aeußerung von 1853 zu den schwereren Fällen nicht unter allen Umständen Körperverletzung erfordere.

Allein bestimmt ist dieses Letztere nicht gesagt, vielmehr sind die Worte, welche so gedeutet werden können, zunächst nur gegen die Einwendung der Kommission gerichtet und stellen diese Einwendung als darum in sich unbegründet dar, weil

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851—53, Protokolle, Bd. VI. S. 5350, 5351.

2) Verhandlungen derselben Kammer von 1838, Bd. III. 33ste Sitzung, S. 15 (Aeußerung des Departements-Chefs v. Schwab).

das Verhältniß zwischen der Körperverletzung und den anderen Thätlichkeiten in ihrer Strafbarkeit verkannt sei. Und auf der anderen Seite ist durch die Hinweisung auf den Artikel 150 des Strafgesetzbuches ganz bestimmt ausgedrückt, daß es bei dem bestehenden Rechte bleiben solle; — was auch dadurch noch weiter unterstützt wird, daß der Justizminister keine Einwendung erhob, als seine Aeußerung von dem Berichterstatter so ausgelegt wurde, daß unter Mißhandlung nur eine schwerere Körperverletzung verstanden sein solle.

Allerdings ist nun auch bei dieser Bestimmung sehr Vieles in's Ermessen des Richters gestellt; indessen wird Dieß wohl dem Erfolge nach schon darum ohne Gefahr sein, weil hoffentlich in Zukunft ebensowenig, als bisher, derartige Verbrechen in Württemberg werden begangen werden und, wenn je ein solcher Fall vorkommen sollte, voraussichtlich die Todesstrafe durch Begnadigung in eine mildere verwandelt würde.

Die Verübung eines solchen Verbrechens ist für die Zukunft um so weniger zu besorgen, als zu seinem Thatbestande vorbedachte Begehung erforderlich ist.

Dieses Erforderniß des Vorbedachtes ist hier sogar noch weiter ausgedehnt, als bei dem Todtschlage: es muß nämlich, damit Todesstrafe verwirkt sein solle, zur Zeit der That selbst Ueberlegung vorhanden gewesen sein; hatte sie der Thäter mit Vorbedacht beschlossen, aber im Affekte ausgeführt, so fiele er nicht unter die Ziffer II., sondern wäre nach dem Gesetze vom 13. August 1849 nur mit lebenslänglichem Zuchthause zu bestrafen. Dieß haben schon bei der Berathung der zweiten Kammer die Abgeordneten Huck und Freiherr C. von Ow bemerkt [1]).

Noch mag hier — im Gegensatze zu demjenigen, was

---

1) Protokolle von 1851—53, Band VI. S. 5348, 5350.

oben S. 95 über hochverrätherischen Angriff eines Ausländers gegen das württembergische Staatsoberhaupt ausgeführt worden ist — bemerkt werden, daß Württemberger, welche an einem ausländischen Regenten, und Ausländer, welche im Auslande gegen den König oder Reichsverweser von Württemberg überhaupt eine der in den Artikeln 150—152 des Strafgesetzbuches genannten Handlungen begehen, nicht wegen Majestätsbeleidigung, sondern nur wegen des anderweitigen, etwa in ihrer Handlung liegenden Verbrechens (z. B. Ehrenbeleidigung eines auswärtigen Regenten, nach Strafgesetzbuch Art. 284. Ziffer 2) bestraft [1]), daß mithin auch körperliche Mißhandlungen, wenn solche von Württembergern an ausländischen Regenten, oder von Ausländern im Auslande an dem württembergischen Staatsoberhaupte begangen werden sollten, nicht unter den Art. 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 gestellt werden könnten.

Aus dem bisher Dargestellten, in Verbindung mit dem Art. 150 des Strafgesetzbuches, Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 und Art. 1 des Gesetzes vom 14. April 1855, ergiebt sich in Beziehung auf die thätliche Beleidigung des Königs oder Reichsverwesers Folgendes:

Dieses Verbrechen ist,

I. wenn es in einer körperlichen Mißhandlung besteht, und diese

1) mit Vorbedacht zugefügt worden ist, mit dem Tode;

2) wenn die Mißhandlung ohne Vorbedacht, im Affekte zugefügt ist — mag sie auch gleich mit Ueberlegung beschlossen sein — mit lebenslänglichem Zuchthause zu bestrafen.

II. War die Thätlichkeit nicht mit körperlicher Mißhandlung verbunden, so ist auf zeitliches Zuchthaus zu erkennen, dessen Dauer nach dem Gesetzbuche durch den Rahmen von 10—25

1) Den Beweis hievon s. in Hufnagel's Kommentar, Bd. I. S. 367.

Jahren bestimmt war, jetzt aber um ein Fünftel niedriger zu bemessen ist, so daß das Maximum 20, das Minimum 8 Jahre beträgt.

§. 20.

Mord

ist nach dem Art. 1 Ziffer III. des Gesetzes vom 17. Juni 1853 mit dem Tode zu bestrafen. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß es nicht beabsichtigt war, den speciellen Milderungsgrund des Strafgesetzbuches Art. 239 aufzuheben, wornach der Thäter, wenn er durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getödteten zu der Tödtung bestimmt worden war, mit Arbeitshaus (jetzt nach dem Gesetze vom 14. April 1855 Art. 3 in der Dauer von vier Monaten bis zu vier Jahren), und, wenn derjenige, welcher ein solches Verlangen gestellt hatte, ein Todtkranker oder tödtlich Verwundeter war, mit Kreisgefängnißstrafe von sechs Monaten bis zu sechs Jahren bestraft werden soll.

Auch einige der anderen Verbrechen, für welche die Todesstrafe bis 1849 selbstständig gedroht gewesen war, diese Strafbestimmung aber in dem Gesetze vom 17. Juni 1853 scheinbar gar nicht wiederholt ist, müßen dennoch in manchen Fällen aus dem Gesichtspunkte, daß sie unter den Begriff des Mordes fallen, jetzt wieder mit dem Tode bestraft werden. Es sind Dieß: Vergiftung; Tödtung mittelst Gefährdung des Transportes auf Eisenbahnen; die Konkurrenzfälle, welche im Artikel 378 Ziffer 1 des Strafgesetzbuches als schwerste Art der Brandstiftung hervorgehoben sind; endlich — in einem theils weiteren, theils engeren Umfange als nach dem Art. 229 Z. 3 des Strafgesetzbuches — die oben S. 28—29 genannten Handlungen, durch welche die Hin-

richtung eines der Todesstrafe nicht verfallenen Menschen bewirkt wird.

Auch in Beziehung auf diese Verbrechen muß ich mir ein näheres Eingehen erlauben, um so mehr, als das erste bis jetzt meiner Ansicht nach nicht genügend, und das zweite noch gar nicht literarisch bearbeitet ist, auf der anderen Seite aber die Schwierigkeiten, welche sich gerade hier dem Ausleger entgegenstellen, eine aufmerksame Untersuchung als wünschenswerth erscheinen lassen.

Die Fragen, welche bei diesen Verbrechen entstehen, haben auch jetzt noch schon darum große praktische Bedeutung, weil an der Stelle der im Gesetzbuche gedrohten Todesstrafe da, wo dieselbe nicht wiederhergestellt worden ist, auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden muß.

A) Vergiftung

wird jetzt nur noch dann mit dem Tode bestraft, wenn sie vollendeter Gift**mord** im eigentlichen Sinne ist. Ausgeschlossen sind

I. schon nach dem Strafgesetzbuche:

1) Diejenigen Vergiftungen, bei welchen der Thäter bloß Körperverletzung beabsichtigt hatte, der Tod aber in Folge eines Zufalls oder Versehens eingetreten ist, insbesondere also Tödtung aus culpa dolo determinata im richtigen, wissenschaftlichen Sinne.

Faßt man freilich bloß die Worte der Artikel 240 und 241 an und für sich in's Auge, so könnte es scheinen, daß auch die bloß auf Körperverletzung gerichtete Absicht genüge, um die Todesstrafe zu begründen.

Denn der Artikel 240 sagt: „Wer einem Andern wissentlich Gift oder andere Substanzen, die auf gleiche Art den Tod bewirken können, beigebracht und hiedurch den Tod desselben verursacht hat, soll zur Todesstrafe verurtheilt werden,

wenn seine Absicht auch nicht auf Tödtung, sondern nur auf Beschädigung gerichtet war", und in gleicher Weise spricht der Artikel 241 von der Absicht, Jemand an der Gesundheit oder am Leben zu beschädigen.

Die Motive, mit welchen sich auch die Kommission der Abgeordnetenkammer (in den Beilagen zum Hauptberichte, S. 74) einverstanden erklärte, beweisen nun aber, daß das Gesetz hier unter der „Absicht zu beschädigen" nur diejenige versteht, mit welcher der dolus eventualis zu tödten verbunden ist [1]) — also nicht die bloße Absicht der Körperverletzung, sondern die allgemeine Willensrichtung auf Bewirkung eines Schadens, welcher Tödtung oder Körperverletzung sein kann, den allgemeinen Vorsatz zu schaden, welcher nicht ausdrücklich auf Tödtung gerichtet ist, dieselbe aber auch nicht ausnimmt [2]).

---

1) Die Motive zum Entwurfe des Strafgesetzbuches enthalten in Beziehung auf die Vergiftung folgenden Satz, welchem ich entscheidendes Gewicht zu Gunsten der oben unter I. 1 ausgeführten milderen Ansicht beilegen zu müssen glaube:

„Der Artikel droht dem Thäter, abweichend von dem bestehenden Rechte, die Todesstrafe, wenn seine Absicht auch nicht auf Tödtung, sondern nur auf Beschädigung gerichtet war; eine Bestimmung, die durch die große Gefährlichkeit der Handlung und durch die Erwägung gerechtfertigt werden dürfte, daß sich die Wirkungen des Giftes unmöglich so genau berechnen lassen, dem Thäter also immerhin in Beziehung auf den schlimmsten Erfolg ein dolus eventualis zur Last zu legen sein wird." Man sieht sogleich, daß der letzte Theil des Satzes dem ersten widerspricht; denn die Fälle des **dolus eventualis** wurden auch noch von der Praxis, wie sie bis zum Strafgesetzbuche bestand, mit dem Tode bestraft (s. Knapp's württembergisches Kriminalrecht S. 256, 257; Hufnagel's Kommentar zum Strafgesetzbuche, Band II. S. 25).

Der Gesetzgeber ist sich also, wie es scheint, nicht ganz klar gewesen; allein entscheidend für den Sinn des Gesetzes ist dasjenige, was er bestimmen wollte, nicht seine unrichtige Ansicht über das frühere Recht.

2) Es ist Dieß diejenige Willensrichtung, welche Krug in seiner

Daß die Artikel 240 und 241 keine andere Bedeutung im Sinne haben, wird noch weiter bestätigt durch die Vergleichung mit dem Artikel 269. Denn von derjenigen „auf Beschädigung" gerichteten Absicht, welche in den Artikeln 240, 241 gefordert wird, sagen die Motive, sie sei ohne dolus eventualis zu tödten nicht denkbar; es muß also diese Absicht der Art. 240, 241 eine andere sein, als die bloß auf Körperverletzung gerichtete, welche das Verbrechen des Artikels 269, Absatzes 1 („vorsätzliche Körperverletzung durch Gift") begründet. Denn wäre sie mit letzterer gleichbedeutend, so käme ja der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch; auf der einen Seite würde er sagen: „es ist nicht möglich, eine bloße Körperverletzung durch Gift vorsätzlich zu begehen" — und auf der anderen Seite stellt er doch selbst ein Verbrechen der vorsätzlichen Körperverletzung durch Gift auf.

Es steht mithin fest, daß das Gesetz in den Artikeln 240 und 241 unter den Worten „Absicht zu beschädigen" nicht den bloßen subjektiven Thatbestand desjenigen Verbrechens versteht, das es in den Artikeln 260 ff. als Körperverletzung bezeichnet, und bei welchem der Wille des Handelnden den tödtlichen Erfolg ausdrücklich ausgeschlossen haben muß, wenn bloße Körperverletzung vorliegen soll.

Gegenüber dieser weiten Bedeutung, in welcher die Artikel

Schrift über dolus und culpa (Leipzig, 1854) als „animus nocendi generalis" auffaßt und — in ganz gleichbedeutenden Ausdrücken, wie das württembergische Strafgesetzbuch in Art. 240 — der Absicht zu tödten entgegensetzt, indem er (a. a. O. S. 78, 79) sagt: „der dolo generali Tödtende will nicht „tödten", sondern nur „verletzen"". S. jetzt auch das sächsische Strafgesetzbuch vom 11. August 1855, Art. 47, 169 und Krug's Kommentar zu diesem Gesetzbuche S. 97—98. Nach den allgemeinen Grundsätzen des württembergischen Strafgesetzbuches (Art. 57) aber hätte dieser animus nocendi generalis, als unter der „Absicht zu tödten" begriffen, nicht von ihr unterschieden werden sollen.

240 und 241 das Wort „Beschädigung“ auffassen, muß nun freilich die „Absicht zu tödten“ hier in einem engeren Sinne genommen sein, als sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafgesetzbuches (Art. 57) erwarten ließe: nämlich in dem Sinne, daß der Handelnde ausdrücklich (nicht bloß implicite) Tödtung gewollt habe, Denn die Fälle dieser letzteren Art bleiben allein noch übrig, wenn man die Absicht, im Allgemeinen zu beschädigen, von der Absicht zu tödten unterscheidet [1]).

Den allgemeinen Grundsätzen zufolge wäre bei jeder aus Ueberlegung (Prämeditation) hervorgehenden Tödtung die allgemeine Absicht zu beschädigen, von welcher der tödtliche Erfolg nicht ausgenommen ist, nichts Anderes, als ein auf Tödtung gerichteter dolus eventualis im Sinne des Artikels 57 (d. h. — im richtigen Sinne der Wissenschaft [s. oben S. 79. Anm.] — Konkurrenz einer auf Körperverletzung abzielenden bestimmten, und einer auf Tödtung gerichteten eventuellen Absicht).

Wer Jemanden überhaupt beschädigen wollte, ohne von diesem seinem allgemeinen Vorsatze den tödtlichen Erfolg aus-

1) Um etwaigen Einwendungen zu begegnen, kann angeführt werden, daß bei dem Vater aller unserer neueren strafrechtlichen Kodifikationen, Feuerbach, sich gerade in Beziehung auf die Willensrichtung, von welcher oben die Rede ist, derselbe Widerspruch findet.

Auch Feuerbach bezeichnet, wie das württembergische Gesetzbuch (Art. 60, verglichen mit S. 40—41 der Motive), die **culpa dolo determinata** als Zusammentreffen von **dolus** und **culpa**, verläßt aber darauf sogleich wieder diesen richtigen Gesichtspunkt, indem er jenem Begriffe eine so weite Ausdehnung giebt, daß unter ihn auch das Zusammentreffen von bestimmter und eventueller Absicht fällt, mithin bei der überlegten Tödtung für die „Absicht zu tödten“ nur noch dieselben Fälle übrig bleiben, wie bei Krug (s. oben S. 102. Anm. 2), und, der oben aufgestellten Ansicht zufolge, im Artikel 240 des württembergischen Strafgesetzbuches. (Gegen jene Ansicht Feuerbach's finden sich neuestens wieder Bemerkungen in Mor stadt's Kommentar zum Feuerbach'schen Lehrbuche, §. 60 [Anm. 1] und in Köstlin's System S. 205 unten bis 206 oben.)

zunehmen, der muß, wenn nicht sein Bewußtsein durch einen Affekt getrübt war, auch in diesen schlimmsten Erfolg, mindestens eventuell, eingewilligt haben.

Dieß schließen nun die Motive bei der Vergiftung aus der Beschaffenheit des Mittels, mit welchem das Verbrechen verübt wird; allein ebenso verhält es sich bei jeder anderen, auf überlegter Absicht beruhenden Tödtung.

Der Beweis, daß der Thäter, mit vorbedachtem und nicht auf Verletzung der bloßen Körperintegrität beschränktem Willen der Beschädigung, durch eine lebensgefährliche Handlung den Tod eines Andern herbeigeführt habe, giebt vermöge eines analytischen Schlusses die Gewißheit, daß er, mindestens eventuell, die Tödtung gewollt habe.

Es muß also wohl unterschieden werden zwischen Beschädigung (dem Gattungsbegriff, unter welchen Tödtung und Körperverletzung fallen) und zwischen Körperverletzung, welche, soferne sie als selbstständiges Verbrechen erscheint, die über die Verletzung der bloßen Körperintegrität hinausgehende Absicht zu tödten ausschließt.

Allein auch in den Fällen der Artikel 240, 241 muß die Absicht, eine Beschädigung in dem allgemeinen Sinne dieser Artikel zu verüben, positiv bewiesen werden; es genügt hiezu noch nicht, wenn der Wille einer bloßen Körperverletzung im technischen Sinne der Artikel 260 ff. dargethan ist.

Jedenfalls wollte der Gesetzgeber Handlungen der letzteren Art nicht mit den Strafbestimmungen der angeführten Artikel treffen; denn die Motive setzen ja voraus, daß diese Bestimmungen nur in Fällen des mindestens eventuellen Vorsatzes zur Anwendung kommen.

Zwar finden sich nun in den Verhandlungen der zweiten Kammer [1]) Aeußerungen, welche darauf hindeuten, daß manche

1) Protokolle d. zweit. Kammer v. 1838, Bd. IV., 46ste Sitzung, S. 3—23.

Redner in der vorliegenden Frage „Beschädigung" als gleichbedeutend mit „Körperverletzung" auffaßten [1]); allein wenn man auch zugiebt, daß diese Redner dem Gesetze selbst diesen Sinn beilegten, so wird man dadurch noch nicht zu einer Auslegung genöthigt, welche den Inhalt des Gesetzes mit sich selbst und mit den Motiven in Widerspruch brächte [2]).

Die entgegengesetzte, strengere Ansicht haben Hepp (im Neuen Archive 1847, S. 504—505) und Hufnagel (Kommentar Band II. S. 26, Band III. S. 288—289) aufgestellt; die Widerlegung ihrer Ausführungen liegt aber schon in demjenigen, was ich zur Begründung meines eigenen, oben an die Spitze gestellten Satzes vorzutragen hatte.

Von derselben Auslegung, welche ich im Bisherigen vertheidigt habe, ist (übrigens ohne Angabe eines Grundes), im Jahre 1845 auch die K. Staatsregierung, in ihren Motiven zu dem Gesetze vom 2. October 1845, ausgegangen (s. Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1845, Band IX. S. 707 unten bis 708 oben).

2) Im Affekte, ohne Vorbedacht beschlossene und ausgeführte Vergiftung (sogenannter Gift-Todtschlag).

Sowohl aus der Stellung der Artikel 240—242 (vor

---

1) Dieß erklärt sich sehr leicht dadurch, daß der Ausdruck „nur auf Beschädigung gerichtete Absicht" in der That zweideutig ist. Hierauf hat auch Krug (dolus und culpa S. 79 Anm. 1) mit den Worten aufmerksam gemacht: „man bemerke, daß der Ausdruck „nur verletzen" zweideutig ist, weil das „nur" schon auf eine bestimmte Gränze des Vorsatzes, durch welche die tödtliche Verletzung ausgeschlossen wird, hinweist. Der culpa dolo det. Handelnde will „nur verletzen", der dolo generali Handelnde will nur: „verletzen"". — Besser, als in deu Art. 240 und 241 des württembergischen, ist dieselbe Willensrichtung im §. 243 des badischen Strafgesetzbuches bezeichnet. Das letztere schließt schon durch seinen Wortlaut jeden Zweifel aus.

2) s. Wächter, Hdb. des württ. Privatrechts, Band II. S. 148. Anm. 13. S. 149 Ziffer 5.

dem Todtschlage), als namentlich aus den Motiven geht hervor, daß der Gesetzgeber im Artikel 240 und in den zwei ersten Absätzen des Artikels 242 nur mit Vorbedacht beschlossene oder ausgeführte Handlungen im Auge hatte.

Die Motive sagen nämlich, es sei dem von einer Seite gestellten Antrag, eine im Affekte begangene Vergiftung mit gelinderer Strafe zu belegen, darum keine Folge gegeben worden, weil es sich kaum denken lasse, daß, wenn auch ein solcher Vorsatz in der Hitze des Affektes gefaßt worden sein sollte, der Thäter nicht wenigstens bei der Ausführung mit Ueberlegung zu Werke gegangen, um seinen Zweck zu erreichen.

Der Gesetzgeber will also nicht die im Affekte beschlossene und ausgeführte Vergiftung ebenso behandeln, wie die mit Ueberlegung beschlossene oder ausgeführte (den Giftmord im eigentlichen Sinne), sondern er geht von der Ansicht aus, daß eine im Affekte ausgeführte Vergiftung, als „kaum denkbar“, gar nicht vorkommen werde. Sollte nun eine solche dennoch geschehen [1]), so wären auf sie die Worte der Artikel 240 und 241 einerseits, und auf der andern Seite die Begriffsbestimmung des Todtschlages (Art. 243) gleich anwendbar. Da man sich aber doch für die Subsumtion unter den einen oder den andern Artikel entscheiden müßte, so bliebe Nichts übrig, als dem Sinne des Gesetzgebers zu folgen; diesem Sinne aber widerspräche es offenbar, eine solche Handlung dem Giftmorde gleich zu behandeln, während das Gesetz sie mit seinen Bestimmungen über Vergiftung gar nicht treffen

---

1) Denkbar ist Dieß allerdings. S. Martin, Lehrbuch §. 133. Anm. 7; Wächter, Lehrbuch II. S. 142; Gengler, Vergiftung II. S. 148—169; Heffter, Lehrbuch S. 276. Anm. 8 (a. M. Abegg, Lehrbuch §. 240).

will und nur darum für sie keine besondere, mildere Bestimmung aufgenommen hat, weil es sie für „kaum denkbar" hielt. Es bliebe daher Nichts übrig, als einen solchen Fall unter die Bestimmungen über den Todtschlag zu stellen.

Auch in dieser Frage haben Hufnagel (Kommentar, Bd. II. S. 24) und Hepp (im Neuen Archiv, 1847, S. 502—504) die entgegengesetzte Ansicht [1]).

II. In einem Falle, welchen das Strafgesetzbuch unzweifelhaft mit dem Tode bedroht hatte, ist die Todesstrafe nicht wieder hergestellt, nämlich für diejenige in der vorbedachten Absicht, „Jemanden am Leben oder an der Gesundheit zu beschädigen" [2]), beschlossene oder ausgeführte Vergiftung, welche auf die im Art. 241 des Strafgesetzbuches bezeichnete, gemeingefährliche Weise verübt worden ist, aber keine tödtliche Beschädigung im Sinne des Strafgesetzbuches Art. 235, sondern nur eine anderweitige bleibende Gesundheitsverletzung hervorgebracht hat. Es ist also von dieser Seite die Todesstrafe dadurch bedingt, daß eine Beschädigung, welche durch das beigebrachte Gift hervorgerufen worden ist, als

1) In den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1853 kam der Artikel 240 ausdrücklich zur Sprache, jedoch nicht in einer Weise, wodurch an dem oben dargestellten Ergebniß Etwas verändert würde. Es fragte nämlich der Abgeordnete Stockmayer, ob es die Absicht der Regierung gewesen sei, den Artikel 240 unberührt zu lassen? und Dieß bejahte der Justizminister mit den Worten: „allerdings! der Artikel 240 ist nicht wiederhergestellt". (Protokolle, Band VI. S. 3928.)

Diese Aeußerungen deuten nun allerdings auf eine strengere Auslegung des Artikels 240 mindestens in der einen oder anderen der oben erörterten Fragen hin; allein diese Auslegung ist lediglich eine doktrinelle, keine autenthische, und schließt daher die im Obigen begründete, abweichende Ansicht nicht aus.

2) Auch hier ist, nach dem oben S. 102 ff. Ausgeführten, die „Absicht zu beschädigen" im weiteren Sinne, in welchem sie die eventuelle Absicht zu tödten nothwendig in sich schließt, gemeint.

wirkende Ursache den Tod eines Menschen herbeigeführt habe, oder doch herbeigeführt haben würde, wenn derselbe Erfolg nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre.

Ist dieser Erfolg in einem solchen Falle, wo der Thäter mit Vorbedacht — sei es in dolus determinatus oder eventualis — die Tödtung gewollt hatte, nicht eingetreten, so liegt ein Mordversuch vor — und zwar auch dann bloß einfacher Mordversuch (nicht ideale Konkurrenz desselben mit vollendeter Körperverletzung), wenn das Gift eine Beschädigung des Körpers bewirkt hat [1]). Allein diese Art des Mordversuches ist für den Fall, daß in Folge der Handlung Jemand an der Gesundheit bleibend beschädigt worden ist, auch jetzt noch durch höhere Strafe, die des lebenslänglichen Zuchthauses, ausgezeichnet. Denn es ist nicht anzunehmen, daß diese besondere Ausnahme-Bestimmung des früheren Rechtes (Strafgesetzbuch Art. 241 Absatz 1, in Verbindung mit dem Gesetze vom 13. August 1849 Art. 1) durch die allgemeine Vorschrift des Gesetzes vom 17. Juni 1853 Art. 1 a. E., und vom 14. April 1855 Art. 2 Z. 4, durch welche man lediglich die frühere Regel wieder gesetzlich festzustellen beabsichtigte [2]), habe aufgehoben sein sollen.

III. Hieraus ergiebt sich für die strafrechtliche Behandlung der vorsätzlichen und überlegten (prämeditirten) Vergiftung Folgendes:

1) Wer mit Vorbedacht (d. h. mit vorbedachtem Beschluß

---

1) In Beziehung auf die allgemeinen Grundsätze des deutschen Strafrechtes ist es bekanntlich bestritten, ob in einem solchen Falle einfacher oder „qualificirter" Versuch des Mordes anzunehmen sei. S. für das Erstere Zachariä, Versuch S. 266—269; Köstlin, System S. 253, 254. A. M. ist Bauer, Abhandlungen S. 397 ff.

2) s. die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1853, Protokolle Bd. VI. S. 3961—3963.

oder vorbedachter Ausführung oder mit Vorbedacht bei beiden) einem Anderen wissentlich Gift oder andere Substanzen, welche auf gleiche Weise den Tod bewirken können, beigebracht und hiedurch den Tod, oder doch eine im Sinne des Artikels 235 tödtliche Beschädigung desselben verursacht hat, muß zur Todesstrafe verurtheilt werden, mag er den tödtlichen Erfolg bestimmt oder nur eventuell (etwa neben bestimmt beabsichtigter Körperverletzung) gewollt haben.

2) Wer mit Vorbedacht (in demselben Sinne, wie bei Ziffer 1) in der bestimmten oder eventuellen Absicht, Jemanden am Leben zu beschädigen, Brunnen, zum öffentlichen Verkaufe bestimmte Waaren und überhaupt solche Sachen vergiftet, wodurch eine unbestimmte Menschenzahl Gesundheit und Leben verlieren kann, muß

a) wenn Jemand in Folge dieser Handlung den Tod, oder doch eine im Sinne des Artikels 235 tödtliche Beschädigung erlitten hat, mit dem Tode;

b) wenn Jemand in Folge der Handlung anderweitig an der Gesundheit bleibend beschädigt worden ist, mit lebenslänglichem Zuchthause;

c) wenn nur eine leichtere Beschädigung eingetreten ist, mit Zuchthaus (früher, nach dem Gesetzbuche, von 18—25 Jahren), jetzt von 14 Jahren 4 Monaten bis zu 20 Jahren

bestraft werden.

d) Hatte eine solche Vergiftung keine Beschädigung zur Folge, so kommen die allgemeinen Grundsätze vom Versuche zur Anwendung.

B) Brandstiftung in Konkurrenz mit Tödtung (Strafgesetzbuch Art. 378, Ziffer 1, s. oben S. 33) zieht jetzt gleichfalls nur dann Todesstrafe nach sich, wenn die Handlung unter den Begriff eines solchen vollendeten

Mordes, dessen Urheber [1]) der Thäter ist, gestellt werden kann.

I. Hiezu ist erforderlich

1) von Seite des Willens (oder — was dasselbe sagen will — in subjektiver Beziehung): daß der Thäter als Urheber und mit Vorbedacht [2]) die bestimmte, oder doch eventuelle Absicht einer Tödtung gehabt hat;

2) von Seite des Geschehens (in objektiver Richtung), daß durch den Brand — beziehungsweise, im Falle der litt. b. des Artikels 378, Ziffer 1, unter Begünstigung desselben, in Folge der vom Thäter getroffenen Veranstaltung — eine Tödtung oder doch solche Beschädigung eines Menschen erfolgt ist, welche als wirkende Ursache den Tod desselben herbeigeführt haben würde, wenn der Tod nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre.

II. Dagegen tritt jetzt in allen übrigen Fällen des Art. 378 Ziffer 1 lebenslängliche Zuchthausstrafe ein, und namentlich enthält diese Ziffer 1 zwei durch höhere Strafe ausgezeichnete Fälle der Konkurrenz von versuchter Tödtung und vollendeter Brandstiftung.

C) Tödtung mittelst Gefährdung des Transportes auf einer Eisenbahn (s. ob. S. 33—35) kann nur dann mit dem Tode bestraft werden, wenn der

---

1) Dieß muß hier wegen des in litt. b. der Ziffer 1 des Art. 378 genannten Falles hervorgehoben werden.

Der bloße Gehülfe eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens darf überhaupt (was aber hier nicht näher ausgeführt werden kann) auch nach dem heutigen württembergischen Rechte nicht mit dem Tode bestraft werden, obgleich der Art. 13, Abs. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 scheinbar auf das Gegentheil führt.

2) Auch hier genügt es nach Art. 237 des Strafgesetzbuches, daß der Thäter entweder beim Beschluß oder bei der Ausführung die vorbedachte Absicht, eine Tödtung zu bewirken, gehabt hat.

Thäter mit Vorbedacht und als Urheber eine der in Art. 1 des Gesetzes vom 2. October 1845 genannten Handlungen in der bestimmt oder eventuell auf Tödtung eines Menschen gerichteten Absicht begangen, und in Folge dieser Handlung ein Mensch [1]) eine solche Beschädigung erlitten hat, welche als wirkende Ursache seinen Tod herbeigeführt hat oder doch herbeigeführt haben würde, wenn derselbe nicht durch ein anderes Ereigniß zeitiger bewirkt worden wäre.

Ist eine solche Handlung im Affekt beschlossen und ausgeführt worden, so muß sie mit lebenslänglichem Zuchthause bestraft werden (Gesetz vom 2. October 1845, s. oben S. 35, in Verbindung mit dem Gesetze vom 13. August 1849 Art. 1).

Zu bemerken ist in Beziehung auf dieses Verbrechen noch Folgendes:

1) Die in Art. 1 des Gesetzes vom 2. October 1845 genannten Handlungen bestehen ihrer äußeren (objektiven) Beschaffenheit nach theils in einer Sachbeschädigung, theils in anderweitiger Gefährdung des Transportes.

In Beziehung auf die erstere nennt das Gesetz „Beschädigung einer Eisenbahn oder einzelner Bestandtheile derselben, insbesondere des Schienengeleises, des Fahrdammes, der Böschung eines Einschnittes, ingleichen der zur Bahn gehörigen Gräben, Brücken, Viadukte, Tunnels u. s. w.; der zum Betriebe dienenden Maschinen, Wagen und sonstigen Gegenstände.“

Als Beispiele anderer gefährlichen Handlungen, durch welche der Transport und folgeweise das Leben oder die Gesundheit von Menschen in Gefahr gesetzt werden kann, sind

---

1) gleichviel, ob derselbe, dessen Tod der Verbrecher beabsichtigt hatte, oder ein Anderer (a. M. ist Müller, Verbr. gegen die Integrität der Eisenb. S. 81).

aufgeführt: Aufstellen, Hinlegen oder Hinwerfen von Gegenständen auf die Bahn; Verrückung von Ausweichvorrichtungen; Veranstaltung eines falschen Allarms; Verhinderung der Maschinisten, Kondukteure und Bahnwärter in ihren Verrichtungen; Nachahmung von Signalen.

2) Nach den Worten des Gesetzes könnte es scheinen, als verstehe dasselbe unter Absicht nur den dolus determinatus; denn es setzt die absichtliche Herbeiführung einer Tödtung nicht etwa der fahrläßigen Tödtung, sondern allgemein dem absichtlichen Bereiten einer Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen entgegen, und an sich könnte man unter dem Letzteren recht wohl auch den Fall des dolus eventualis begreifen.

Dieß hätte die sehr wichtige und auffallende Folge, daß der Mord aus dolus eventualis, woferne dieses Verbrechen mittelst Gefährdung des Transportes auf einer Eisenbahn begangen worden wäre, im Falle der Vollendung nur mit zeitlichem Zuchthause — nach dem Gesetze vom 2. Oct. 1845 in der Dauer von 8 bis zu 25 Jahren, jetzt in der Dauer von 6 Jahren 4 Monaten bis zu 20 Jahren — bestraft werden könnte.

Noch eigenthümlicher würde sich das Verhältniß beim Versuche gestalten. Derselbe wäre,

a) wenn eine solche Körperverletzung, welche unter den Art. 260 des Strafgesetzbuches fällt, eingetreten wäre,

α) in den Fällen der daselbst unter Ziffer 1—3 aufgeführten Erfolge mit Zuchthausstrafe, jetzt von 4—20 Jahren;

β) bei einem Erfolge, welcher nur in vorübergehender Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit (Art. 260. Ziffer 4) besteht, mit Arbeitshaus, über welches nur in besonders schweren Fällen auf Zuchthaus — und zwar jetzt bis zur Dauer von sechs Jahren, vier Monaten — aufgestiegen werden könnte;

b) in allen anderen Fällen mit Arbeitshaus zu bestrafen. S. das Gesetz vom 2. Oct. 1845. Art. 1 und 3.

Für diese Auslegung könnten sogar Aeußerungen des Regierungskommissärs, welcher das Gesetz eingebracht hatte, angeführt werden. Derselbe bemerkte nämlich in der 65sten Sitzung der Abgeordnetenkammer:

„Ich frage, ob ... Derjenige, der eine solche Gefahr für Leben und Gesundheit Anderer vorsätzlicher Weise bereitet, in der Gewalt hat, zu verhindern, daß diese Gefahr sich verwirkliche, und ob er sich dann vor dem Vorwurf schützen könne, daß nicht in seinem dolus auch das liege, in den schlimmsten Erfolg, nämlich in die Verwirklichung der Gefahr, einzuwilligen?“ [1])

Allein in demselben Satze hatte der Redner unmittelbar zuvor bemerkt, daß diese Handlung zunächst an einen Mordversuch gränze, womit sie denn eben wieder als von dem Letzteren verschieden aufgefaßt war; und bei diesem Widerstreite, welcher zwischen dem ersten und zweiten Theile des Satzes besteht, kann keine Rede davon sein, die oben wörtlich ausgehobene Aeußerung als die Quelle zu betrachten, welche für den Sinn des Gesetzes maaßgebend wäre.

Es muß vielmehr das Wort „Absicht“ in dem Sinne der Wissenschaft und des Strafgesetzbuches, also mit Einschluß des dolus eventualis genommen werden, um so mehr als die Motive und die Verhandlungen auf's Unzweideutigste beweisen, daß es der Wille des Gesetzgebers war, das Strafgesetzbuch nur zu ergänzen, dessen Bestimmungen — sowohl die allgemeinen, über dolus, Versuch u. s. w., als die besonderen über den

---

1) Protokoll der genannten Sitzung, S. 16 (im IV. Bande der Verhandlungen von 1845). Ebenso können die daselbst S. 21 berichteten Aeußerungen ausgelegt werden; s. dagegen wieder S. 22 nach der Mitte.

Mord — auch in Beziehung auf die an Eisenbahnen verübten Verbrechen unverändert bestehen zu lassen, und am Wenigsten da, wo schon nach dem Strafgesetzbuch ein Mord oder Mordversuch vorlag, eine Milderung in der rechtlichen Behandlung herbeizuführen [1]).

Mithin kann unter der „vorsätzlichen" [oder — was dasselbe ist — absichtlichen] „Bereitung einer Gefahr" nur diejenige Willensrichtung verstanden sein, welche man in der heutigen Wissenschaft als bewußte Culpa oder luxuria zu bezeichnen pflegt.

Daß man für diese Art der Culpa im vorliegenden Falle die angegebenen Worte gebrauchte, erklärt sich ganz einfach aus der Fassung des badischen Strafgesetzbuches (Art. 566), aus welchem jene Bezeichnung wörtlich entnommen ist [2]). In Baden konnte aus derselben schon deßhalb kein Mißverständniß entstehen, weil in dem unmittelbar folgenden Artikel 567 die bestimmte oder unbestimmte Absicht, den Tod eines Menschen zu bewirken, in entschiedenem Gegensatze zu den Fällen des Artikels 566 ausdrücklich genannt ist. Dagegen fehlt dieser Gegensatz im württembergischen Gesetz, und so entstand aus jener Bezeichnung schon in den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer über den Artikel 1 des Gesetzes eine vollständige Begriffsverwirrung [3]), aus welcher nur Wächter's

1) S. besonders den Eingang und die Motive des Gesetzes, letztere in den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1845, Band IX. S. 704, 707—708 oben; ferner die Aeußerungen des Departements-Chefs der Justiz, in den angef. Verhandlungen Bd. IV. S. 11, 22, 25, 28.

2) Dieß bemerkte der Departements-Chef der Justiz ausdrücklich in der 65sten Sitzung der Abgeordnetenkammer von 1845. (Protokoll S. 30 u.)

3) Bei der Berathung neuer Gesetze ließe sich derartigen Uebelständen, welche nur dadurch entstehen, daß das Verhältniß der vorgeschlagenen neuen Bestimmungen zu der allgemeinen Theorie und zum bisherigen Rechte in den Motiven nicht scharf genug hervorgehoben ist, wohl am Einfachsten dadurch begegnen, daß die Entwürfe — wie es mit dem des

meisterhafte Leitung der Debatte herauszuführen vermochte (s. die Protokolle über die 65ste und 66ste Sitzung der Abgeordnetenkammer, in deren Verhandlungen von 1845, Bd. IV.).

D) Endlich können auch die oben S. 28 — 29 genannten Handlungen, durch welche eine widerrechtliche Hinrichtung bewirkt wird, nämlich

I. Meineid;

II. Fälschung öffentlicher Urkunden;

III. Rechtswidriger Gebrauch falscher angeblich öffentlicher Urkunden, Vernichtung oder Unterdrückung öffentlicher Urkunden;

IV. Beugung des Rechtes

unter den Gesichtspunkt des Mordes fallen und deßhalb im Falle der Vollendung mit dem Tode zu bestrafen sein.

Wer die unter Ziffer I.—III. genannten Handlungen mit Vorbedacht und in der Absicht begeht, dadurch die Fällung und Vollstreckung des Todesurtheils gegen einen Solchen, welcher die Todesstrafe nicht verwirkt hat, herbeizuführen, macht sich nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Strafrechtes, an welche sich auch das württembergische Recht anschließt, eines Mordes und zwar in dem Falle, daß in Folge seiner Handlung das Todesurtheil vollzogen worden ist, eines vollendeten Mordes schuldig.

Denn er bewirkt in der That mit vorbedachtem Beschlusse eine rechtswidrige Tödtung dadurch, daß er Andere (das Gericht) in einen Irrthum versetzt, vermöge dessen sie jene Tödtung vollziehen lassen, und ist daher nach den allgemeinen

---

Strafgesetzbuches (von 1832) zum großen Vortheil dieses Werkes geschehen ist (s. Wächter's Ausführung im Neuen Archiv 1834, S. 304—338) — auch einer Juristenfakultät zur Begutachtung übergeben würden, bevor sie an die Stände gelangen.

Grundsätzen des deutschen Strafrechtes als unmittelbarer Urheber des Mordes zu betrachten [1]).

Dabei ist es durchaus nicht, wie Hepp [2]) annimmt, erforderlich, daß seine Handlung die einzige und an sich schon zureichende Ursache jener Tödtung wäre; insbesondere nicht, daß keine anderen (scheinbaren) Beweismittel und keine Schuld der Richter mitgewirkt hätten. Vielmehr genügt, wenn das Todesurtheil in Folge eines derartigen Zusammenwirkens gefällt und vollstreckt worden ist, zu der Annahme eines vollendeten Mordes der Umstand, daß der Thäter die weiteren mitwirkenden Ursachen bei seiner Handlung mit in Rechnung genommen oder durch seine Handlung zugleich in Wirksamkeit gesetzt hat [3]). War Dieß nicht der Fall, so hat er sich nur eines Mordversuches schuldig gemacht.

Daß in der That auch nach württembergischem Rechte die genannten Handlungen als Morde, welche durch das Mittel des Gerichtes verübt werden, zu betrachten sind, ist bei den Verhandlungen über das Strafgesetzbuch mehrmals ausgesprochen worden. Aeußerungen der Motive, des Regierungskommissärs (v. Prieser) und des Kanzlers von Wächter

---

1) s. Feuerbach's Lehrbuch §. 46; Mittermaier, im Neuen Archiv, Bd. III. S. 142 litt. F.; Bauer, Abhandlungen Bd. I. S. 439; Berner, Theilnahme am Verbrechen S. 289—290; Köstlin, System S. 304 unten — 305 oben.

2) Im Neuen Archiv, 1848, S. 137—145.

3) Denn auch dann ist die Tödtung in Folge der Handlung, vermöge des in allen äußeren Dingen waltenden Kausalzusammenhanges, von dessen Wirkung der Thäter den Erfolg seiner Handlung erwartete, geschehen — sei es in derselben Weise, in welcher der Thäter es berechnet hatte, oder (was hier gleichgültig ist) in einer anderen Weise. S. auch den (jetzt als gesetzliche Vorschrift ausgefallenen) Art. 56, Absatz 2 und 3 des Strafgesetzbuches; Wächter an der unten, S. 119 Anm. 1 angeführten Stelle.

beweisen namentlich, daß man durch die Ziffer 3 des Artikels 229 an der Bestrafung eines vollendeten Mordes, welcher durch meineidiges falsches Zeugniß begangen wird, Nichts ändern wollte.

Es bemerkte nämlich der Regierungskommissär bei der ersten Berathung des Artikels 229:

„Wenn Einer die Absicht hat, den Tod eines Andern „herbeizuführen, dann ist es eine vorsätzliche Tödtung durch „das Mittel des Gerichts, und wir brauchen Nichts weiter „darüber hier zu sagen," d. h. im Gesetze keine besondere Bestimmung aufzustellen (Protokolle, Bd. IV., 74ste Sitzung S. 60) — und kurz zuvor (ebendas. S. 59):

„Sowie erwiesen ist, daß der Angeschuldigte ohne dieses „meineidige Zeugniß nicht zum Tode verurtheilt worden wäre, „so erscheint der, der falsch geschworen hat, allerdings als „Urheber des erfolgten Todes."

Mit dieser Erklärung des Regierungskommissärs steht insoweit auch dasjenige im Einklange, was die Motive (S. 198) zu der Ziffer 3 des Artikels 229 (im Entwurfe 218) bemerken (s. u.); denn die Motive selbst wenden in Fällen, in welchen der Kausalzusammenhang zwischen dem meineidigen falschen Zeugniß und dem Todesurtheil unerweislich ist, auf das erstere den Begriff des Mordversuches an.

Am Vollständigsten sprach sich Kanzler v. Wächter dahin aus, daß durch die Ziffer 3 des Artikels 229 der allgemeine Grundsatz in Beziehung auf die Bestrafung des Mords nicht aufgehoben werden solle. Dabei bemerkte er u. A. insbesondere: „Wenn Jemand in einem Kriminalproceß wissentlich „lich falsch schwört, und er thut es mit dem dolus eventualis, „daß der Andere einem Todesurtheil entgegengehen könne oder „solle, und sein Eid neben anderen Indicien der wichtigste

„Punkt in Beziehung auf das Erkenntniß ist, so ist er nach „allgemeinen Grundsätzen als Mörder zu strafen" . . . . .[1])

Gerade Wächter aber war es, dessen wesentlich mit auf diese Ausführung gestützter Vorschlag in Beziehung auf die oft angeführte Ziffer 3 zuerst von der Abgeordnetenkammer [2]) und sodann von der Kammer der Standesherren [3]) und der Königl. Staatsregierung [4]) angenommen wurde.

Man einigte sich nämlich, so wie Wächter es beantragt hatte, dahin, jene Ziffer 3 in ihrer jetzigen Fassung dem Gesetz einzuverleiben, und dabei die Voraussetzung auszusprechen, daß die hohen Strafen der Artikel 217 und 218 des Entwurfes, 228 und 229 des Gesetzes nur dann Anwendung finden sollen, wenn die meineidig Schwörenden im Allgemeinen davon Kenntniß hatten, wegen welcher Verbrechen die Angeschuldigten sich in Untersuchung befinden.

Hierin liegt denn nun zugleich die Erklärung, warum man, ohne in Bezug auf die besprochenen Fälle des Meineids den Begriff des Mordes für unanwendbar zu halten, dennoch im Art. 229 für die Verhängung der Todesstrafe noch das weitere Erforderniß des Komplottes aufstellte. Die „Voraussetzung" nämlich, welche in dem obigen Beschlusse niedergelegt ist, hat, wie aus den Verhandlungen hervorgeht, ganz unzweifelhaft den folgenden Sinn: in den Fällen des Komplottes muß nicht nothwendig die Absicht, ein Todesurtheil herbeizu-

---

1) Verhandlungen von 1838, Bd. VII., Protokoll der 80sten Sitzung S. 49.

2) s. das in Anm. 1 genannte Protokoll S. 52.

3) Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1838, Heft V. S. 1548; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von demselben Jahre, Band XIII., Abtheilung I., S. 430.

4) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838, Bd. XIII. zweite Abtheilung, S. 371.

führen, bewiesen sein, sondern es genügt dort zur Verhängung der Todesstrafe schon die Gewißheit, daß die meineidigen Zeugen im Allgemeinen Kenntniß davon hatten, wegen welcher Verbrechen die Angeschuldigten sich in Untersuchung befinden; es braucht also den meineidigen Zeugen das Bewußtsein, daß es sich um ein mit der Todesstrafe bedrohtes Verbrechen gehandelt habe, nicht nachgewiesen zu sein. Mithin sind die Fälle der Ziffer 3 nicht lauter solche, auf welche der Begriff des Mordes anwendbar ist, und umgekehrt kann und muß der letztere Begriff auf solche Meineide bezogen werden, welche nicht im Komplotte verübt und deßhalb nicht unter den in der Ziffer 3 mit der Todesstrafe bedrohten begriffen sind. Der Umfang der Todesstrafe ist in den Fällen der Ziffer 3 theils weiter, theils enger, als der Begriff des Mordes in seiner Anwendung auf den Meineid mit sich brächte.

Es kann daher daraus, daß die Ziffer 3 zur Verhängung der Todesstrafe eine Mehrheit meineidiger Zeugen und gegenseitige Verständigung derselben verlangt, nicht geschlossen werden, daß das Gesetzbuch meineidige Zeugnisse überhaupt niemals aus dem Gesichtspunkte des Mordes aufgefaßt wissen wolle.

Dieß wäre eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen und müßte daher aus besonderen Gründen dargethan sein. Solche Gründe liegen aber nicht vor, vielmehr folgt aus den oben angeführten Aeußerungen des Regierungskommissärs, der Motive und des Antragstellers in der Abgeordnetenkammer (v. W ä c h t e r) auf's Bestimmteste, daß man gerade in dieser Frage an den allgemeinen Grundsätzen festhalten und demgemäß an der Bestrafung v o l l e n d e t e r M o r d e, welche mittelst Meineides begangen werden, durch den Art. 229 Nichts ändern wollte.

Es kann daher keine Rede davon sein, daß ein solcher

Mord, wenn er ohne Komplott begangen worden ist, unter die Anfangsworte der Ziffer 3 gestellt, mithin als ausnahmsweise mit milderer Strafe bedroht angesehen werden müßte.

Der Gesetzgeber hatte keineswegs die Absicht, dadurch, daß er die Fälle der Ziffer 3 nur in beschränktem Umfange mit der Todesstrafe bedrohte, die Anwendbarkeit dieser Strafe auf die anderen mittelst Meineids verübten Morde auszuschließen. Vielmehr bedurfte man eben deßhalb, weil man hier den Begriff des Mordes als anwendbar erachtete, für die gewöhnlichen Fälle keine besonderen Bestimmungen; man konnte und wollte sich mit denen, welche bei dem Morde überhaupt gelten, begnügen. Die Bestimmung der Ziffer 3 ist also lediglich die: für die Fälle des Komplottes, die man mit Grund (zumal bei dem damaligen Proceßrechte) für die gefährlichsten hielt, die eben erwähnte Ausnahme festzusetzen, welche sich auf den Beweis des subjektiven Thatbestandes bezieht und der Einwendung des Thäters, „er habe nicht gewußt, daß es sich um die Anschuldigung eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens handle“ vorbeugen sollte.

Einen anderen, später verlassenen Grund für die im Gesetzbuche gewählte Behandlung unserer Frage führten die Motive an: es sei — sagen sie — die Frage aufgeworfen worden, ob nicht auch e i n meineidiger Zeuge den Vollzug eines Todesurtheils hervorbringen könnte, und ob nicht deßhalb auf die Grundsätze von der Tödtung verwiesen werden sollte. Diese Frage sei indeß verneinend entschieden worden, weil selbst in dem Falle, daß auf ein vorliegendes, durch das falsche Zeugniß e i n e s Zeugen adminikulirtes Geständniß hin die Todesstrafe erkannt würde, doch unerfindlich bliebe, daß das Todesurtheil bloß auf das meineidige Zeugniß hin ausgesprochen worden sei, somit in letzterem immer nur der Versuch eines Mordes gefunden werden könnte.

Dieser Grund der Motive erschien der Kommission der Abgeordnetenkammer als nicht befriedigend und zu subtil. „Allerdings“ — bemerkt sie — „wäre das Todesurtheil nicht auf das Zeugniß eines einzigen Zeugen gebaut, aber ohne dieses Zeugniß wäre die Todesstrafe nicht erkannt worden, in Folge dieses hinzugekommenen falschen Zeugnisses ist sie erkannt worden, mithin scheint es, müße man auch dieses falsche Zeugniß als die Ursache des Todes ansehen [1]). Ebenso verhält es sich, wenn neben dem falschen Zeugniß die (irrthümliche) Aussage eines klassischen Zeugen steht. Wäre es richtig, daß man jenes falsche Zeugniß des einzigen Zeugen gänzlich isolirte, demselben für sich allein die Ursache des Todes

---

1) Der Grund hievon ist der oben S. 117 zu und in Anm. 3 erörterte. Der andere, zur Verurtheilung nicht genügende, mithin an und für sich allein gleichgültige Umstand ist erst durch das meineidige Zeugniß in eine (dem Inquisiten schadende) Wirksamkeit gesetzt worden; häufig wird hiezu noch das Weitere kommen, daß der Meineidige gerade auf solche mitwirkenden Umstände gerechnet, dieselben also in seinen verbrecherischen Entschluß mit aufgenommen hat. Das Letztere ist beim Komplott immer (aber nicht bloß bei diesem) der Fall. Die Entscheidung der Fälle, welche von der Kommission angeführt werden, ist daher von ihr richtig gegeben, aber es fehlt die Ausführung der Gründe, und deßhalb ist der oben im Texte mitgetheilte Satz, vermöge dessen die Kommission eine Inkonsequenz der Motive darzuthun sucht, nicht befriedigend. Ganz von dem richtigen Gesichtspunkte dagegen gieng Kanzler v. Wächter aus, indem er in der zweiten Berathung der Abgeordnetenkammer gegenüber dem Regierungskommissär auf den Fall aufmerksam machte, daß in Folge der meineidigen Aussagen von zwei, nicht im Komplotte stehenden Zeugen das Todesurtheil gefällt und vollstreckt worden ist (Protokoll über die 80ste Sitzung S. 50). Haben diese Zeugen (was auch ohne Komplott wohl denkbar ist) mit der Absicht gehandelt, eben durch das Zusammentreffen ihrer Aussagen (durch ihre Gesammtthätigkeit) das Todesurtheil herbeizuführen, so sind sie (sog. zufällige) Miturheber des Mordes (s. Wächter's Lehrbuch, Bd. I. S. 151 Anm. 84; Köstlin's Neue Revision S. 563 und desselben System S. 335, §. 103).

Aber eben der Begriff der nicht verabredeten Miturheberschaft fehlt im württembergischen Strafgesetzbuche.

nicht zuschriebe, so müßte eben diese Unterscheidung auch bei Mehreren, die sich verbunden haben, gemacht werden dürfen, denn auch bei diesen liegt in der falschen Aussage des Einzelnen für sich nicht allein die Ursache des Todes."

Die Kommission gab daher zur Erwägung, ob nicht in dem Artikel 218 (229 des Gesetzbuchs) die Worte „Mehrerer, welche sich zu solchem Zeugnisse mit einander verstanden haben" ausfallen sollten.

In den Berathungen der Abgeordnetenkammer selbst ließ der Regierungskommissär die Begründung der Motive fallen. Dieß geht schon aus seinen oben S. 118 angeführten Aeußerungen hervor, aus welchen sich zugleich ergiebt, daß man annahm, es verstehe sich — auch soweit nicht die noch weiter gehende Bestimmung des Art. 229, Ziffer 3 a. E. eingreift — die Anwendung der für den Mord geltenden Bestimmungen von selbst. Allein die Kammer der Abgeordneten erachtete bei ihrer ersten Berathung eben diese letzteren Bestimmungen als genügend für alle Fälle, auch für die im Gesetzesentwurfe Art. 218 (jetzt Gesetzbuch Art. 229) Ziffer 3 herausgehobenen, und beschloß daher, Todesstrafe alsdann, aber auch nur dann eintreten zu lassen, „wenn ein Unschuldiger auf das meineidige Zeugniß den Tod erlitten und der Zeuge gewußt habe, daß der Verurtheilte wegen eines todeswürdigen Verbrechens in Untersuchung stand" [1]).

---

1) Verhandlungen, Band IV., Protokoll über die 44ste Sitzung S. 62. Von demselben Gesichtspunkte, wie hier die württembergische Kammer der Abgeordneten, war die Ständeversammlung des Königreiches Sachsen bei der Berathung des dortigen Kriminalgesetzbuches von 1838, und dieses letztere Gesetz selbst in seinem Artikel 185 Absatz 2 ausgegangen. S. Landtagsacten von $18^{36}/_{37}$, Abtheilung II., Band 1. S. 301, Band 2. S. 441, 775; Abtheilung III. Band 2. S. 663, Bd. 3. S. 540; Beil. der 1. Kammer I. S. 117. 118. Auch das braunschweigische Kriminalgesetzbuch wendet den Begriff

Allein die Kammer der Standesherren trat dieser Abänderung nicht bei [1]), und die Königl. Staatsregierung bemerkte hinsichtlich derselben vorläufig, daß jedenfalls der Beschluß der Kammer der Abgeordneten in einer Beziehung nur unter einer Beschränkung gutgeheißen werden könnte. Es müßte genügen, daß der Meineidige gewußt habe, es handle sich um den Beweis eines mit schwerer Strafe bedrohten Verbrechens. Daß dasselbe mit der Todesstrafe bedroht sei, dürfte ihm immerhin unbekannt geblieben sein. Zur Begründung hievon wurde gesagt: bei einem so strafbaren Vorsatze, wie er aus der Benützung eines solchen Mittels zu Erreichung des verbrecherischen Endzweckes abzunehmen sei, und bei der hohen Gefährlichkeit dieses Mittels könnte der Gesetzgeber kein Bedenken tragen, die Todesstrafe auch dann nicht auszuschließen, wenn der Meineidige den Tod des Unschuldigen nicht gerade gewollt haben sollte [2]).

---

des Mordes auf Meineid (§. 135 Nr. 1), Urkundenfälschung, wissentlichen rechtswidrigen Gebrauch falscher Urkunden, Unterdrückung von Urkunden oder anderer Beweismittel (§. 143); auf Beugung des Rechtes (§. 279) und auf die (im württembergischen Gesetzbuche nicht ausdrücklich in dieser Richtung genannte) Mißhandlung der Angeschuldigten oder Zeugen an. S. die Motive zu §. 7, Kommissionsbericht zu §. 135 des braunschweigischen Kriminalgesetzbuches (in dessen bei Vieweg 1840 erschienener Ausgabe S. 163, 261—262).

Schließlich mag hier noch bemerkt werden, daß auch nach dem neuesten deutschen Strafgesetzbuche, dem K. sächsischen vom 11. Aug. 1855, der Meineid in dem dort Art. 223 zu Ende angeführten Falle auf das Verbrechen des Mordes zurückzuführen ist (s. Krug's Kommentar S. 16, vergl. mit der ebendaselbst mitgetheilten Stelle der Motive).

1) Verhandlungen der Kammer der Standesherren, Heft III. S. 819 — 21; der Kammer der Abgeordneten, Band XIII. S. 222.

2) Ministerial-Vortrag vom 11. Mai 1838, in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, Band XII. S. 561.

Diese Aeußerung der Staatsregierung war der Ausgangspunkt für die nochmalige Berathung, in deren Folge der oben S. 119 mitgetheilte Beschluß gefaßt wurde.

Ebenso, wie beim Meineide, verhält es sich bei den anderen, oben S. 116 bezeichneten Fällen. Ueberall ist da, wo durch das Mittel des Gerichtes, beziehungsweise des Nachrichters [1]), ein Mord verübt worden ist, die Strafe dieses letzteren Verbrechens anzuwenden.

Hiebei entsteht noch die Frage, wie in solchen Fällen der Versuch zu behandeln sei. Das Maximum seiner Strafe ist jedenfalls das des Mordversuches überhaupt, d. h. 25jähriges Zuchthaus, mit einer durch den ideal konkurrirenden Meineid (Strafgesetzbuch Art. 227) begründeten Schärfung (Strafgesetzbuch Art. 123) [2]). Das Minimum dagegen ist in dem Falle, daß dasjenige selbstständige Verbrechen, welches der Thäter, um die Hinrichtung zu bewirken, begangen hat (der Meineid, die

---

1) s. Abegg, Untersuchungen S. 98.

2) Der Art. 123 des Strafgesetzbuches giebt für die ideale Konkurrenz die Vorschrift, daß die Strafe der schwersten Uebertretung, jedoch mit angemessener Erhöhung oder Schärfung angewendet werden solle.

In dem oben im Texte besprochenen Falle ist aber eine Erhöhung der Strafdauer nicht zulässig. Eine nähere Begründung dieses Satzes kann ich, da sie mich zu weit abführen würde, hier nicht geben; ich bemerke daher nur, daß ich denselben auf die Analogie dessen stütze, was bei der realen Konkurrenz jetzt nach Art. 1 des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 und Art. 2 des Gesetzes vom 14. April 1855 (Ziffer 1 Anfang und litt. a.) eintreten muß. Zwar beträgt das Maximum der Strafe, welche für den Versuch der mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen festgesetzt ist, 25 Jahre; man wird aber dieses Maximum (vorbehältlich der in Art. 2 Ziffer 1 litt. a. des Gesetzes vom 14. April 1855 bezeichneten Ausnahme) wegen konkurrirender Verbrechen ebensowenig überschreiten dürfen, als es gestattet ist, wegen Zusammenflusses von dem gewöhnlichen, zeitlichen Zuchthaus, dessen Maximum 20 Jahre beträgt, zu 20--30jährigem Zuchthaus aufzusteigen.

Fälschung u. s. w.) vollendet ist, nach Art. 228 Ziffer 3 des Strafgesetzbuches, in Verbindung mit Art. 1 des Gesetzes vom 14. Apr. 1855, Zuchthausstrafe in der Dauer von zwölf Jahren.

Uebrigens wird man zuzugeben haben, daß ein vollendeter Mord dieser Art — etwa mit Ausnahme des mittelst Meineides verübten — wohl nicht vorkommen wird; eine nähere Untersuchung dieses (von Hepp im Neuen Archiv 1848, S. 144, 148 — 151 gleichfalls erörterten) Punktes glaube ich aber hier unterlassen zu sollen. Deßgleichen übergehe ich die Frage, wie sich die Voraussetzungen, unter denen solche Verbrechen möglich sind, durch die Einführung des schwurgerichtlichen Verfahrens gestaltet haben.

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß außer den im Bisherigen genannten Verbrechen auch andere, welche das Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich in dieser Richtung erwähnt, dazu dienen können, die Hinrichtung eines Unschuldigen zu bewirken. Hierher gehört z. B. die Täuschung bei Amtshandlungen — ein Verbrechen, welches theils seinen ganz eigenthümlichen Thatbestand hat, theils aber — begriffsmäßig aufgefaßt — nichts Anderes ist, als eine von einem öffentlichen Diener verübte Fälschung. Im letzteren Falle, nicht aber auch im ersteren [1]), zieht es neben seiner eigenen Strafe noch die der Fälschung nach sich, und es konnte mithin unter denselben Voraussetzungen, wie diese letztere überhaupt, nach Art. 219 Absatz 4, 229 Absatz 3 a. E. mit dem Tode bestraft werden müßen. Allein Dieß darf man nicht als einen weiteren Fall der Todesstrafe auffassen, wie es Hepp im Neuen Archiv 1848, S. 145 — 146 gethan hat; denn jener Fall

1) s. die Motive S. 317 u.; Hufnagel's Kommentar Band II. S. 780 oben.

ist ja schon unter der Fälschung u. s. w. öffentlicher Urkunden begriffen: wo Täuschung im Amte mit dem Tode bestraft werden konnte, mußte in ihr immer zugleich eine Fälschung, Vernichtung oder Unterdrückung öffentlicher Urkunden enthalten sein. Mithin konnte in dem von Hepp S. 145 unten genannten Falle nur dann Todesstrafe eintreten, wenn auf die Handlung des Untersuchungsrichters der Begriff des eigentlichen, vollendeten Mordes anzuwenden gewesen wäre; es hätten dort zur Erkennung jener Strafe diejenigen Bedingungen, unter welchen sie nach dem Sinne der Ziffer 3 des Art. 229 den Meineid trifft, nicht (wie Hepp annimmt) genügt.

Noch in einer anderen Beziehung sind von Hepp die Verweisungen auf die Strafen der Art. 228, 229 mißverstanden worden. Er glaubt, es seien die oben S. 116 unter Ziffer II.—IV. genannten Handlungen noch strenger behandelt als der Meineid, indem das Strafgesetzbuch zur Erkennung der Todesstrafe bei den ersteren kein Komplott und überhaupt keine Mehrheit von Personen fordere, sondern es genügen lasse, daß „durch das Mittel jener Handlungen ein (absolut oder relativ) Unschuldiger zum Tode verurtheilt worden sei, und darauf hin den Tod erlitten habe."

Allein die Verweisung lautet sowohl im Art. 219, als im Art. 437 ganz allgemein auf „die in den Artikeln 228, 229 bestimmten Strafen", und es versteht sich deßhalb von selbst, daß diese Strafen nur nach ebenderselben Verschiedenheit der Fälle, wie beim Meineid, eintreten können, daß also hiernach alsdann, wenn in Folge jener Handlungen der Angeschuldigte hingerichtet worden ist, im Allgemeinen auf zwanzigjähriges bis lebenslängliches Zuchthaus, und nur in dem Falle auf den Tod erkannt werden mußte, wenn jene Handlungen von Mehreren, welche sich dazu verständigt hatten, begangen waren.

Dieß leuchtet so sehr von selbst ein, daß Hepp's entgegenstehende Ansicht, welche der Todesstrafe wieder einen bedeutend weiteren Umfang zuweist, nur auf einem Versehen beruhen, dieser Punkt also gar nicht als eigentlich bestritten angesehen werden kann.

§. 21.

Die Verbrechen, bei welchen noch nach heutigem württembergischem Rechte auf lebenslängliches Zuchthaus erkannt werden muß

sind:

I. Hochverrätherischer Angriff in den Fällen des Strafgesetzbuches Art. 140, Ziffer 2 und 3.

II. Im Affekte zugefügte körperliche Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers — mag auch gleich diese Handlung zuvor mit Ueberlegung beschlossen gewesen sein.

III. Versuch des Giftmordes, wenn er auf die im Art. 241 des Strafgesetzbuches bezeichnete gemeingefährliche Weise begangen worden ist und bleibende Beschädigung Jemandes an der Gesundheit herbeigeführt hat.

IV. Die in Art. 378, Ziffer 1 des Strafgesetzbuches genannten Fälle einer mit Tödtung, beziehungsweise lebensgefährlicher Körperverletzung konkurrirenden Brandstiftung, — woferne diese Handlung nicht unter den Begriff eines vollendeten Mordes fällt, dessen Urheber der Thäter ist.

V. Mit derselben Beschränkung, welche so eben unter Nr. IV. a. E. angegeben worden ist (daß die Handlung nicht als Urheberschaft eines vollendeten Mordes anzusehen sei), die oben S. 116 unter litt. D. Nr. I.—IV. genannten Handlungen,

durch welche vermittelst Komplottes eine widerrechtliche Hinrichtung bewirkt wird.

In Beziehung auf diese Handlungen ist also auch jetzt noch von großer praktischer Bedeutung, was oben S. 126, 127 gegen Hepp's allzu weite Auffassung bemerkt worden ist.

VI. Vollendeter Todtschlag, wenn der Thäter denselben entweder

a) um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, um dessen Verübung zu erleichtern oder dasselbe zu vollenden, oder um sich der Ergreifung über einem Verbrechen zu entziehen (Strafgesetzbuch Art. 245; s. o. S. 31—32),

oder

b) mittelst einer den Transport auf Eisenbahnen gefährdenden Handlung im Sinne des Gesetzes vom 2. Oct. 1845, Art. 1

begangen hat (s. das angef. Gesetz Art. 2; oben S. 33—35, 111—112).

VII. Angriffe gegen das Dasein, die Integrität oder die Verfassung des deutschen Bundes

werden nach dem Gesetze, betreffend die Bestrafung der Verbrechen gegen den deutschen Bund, vom 23. Juni 1853 (Regierungsblatt S. 239—240) Art. 1 mit lebenslänglichem Zuchthause, also ebenso, wie hochverrätherische Angriffe gegen die Selbstständigkeit oder Verfassung des Staates, bestraft.

Dieß steht vollständig im Einklange mit dem oben S. 25 angeführten Bundesbeschluß vom 18. Aug. 1836, Art. 1; denn eine solche Handlung, welche dem hochverrätherischen Angriff auf die Person des Königs oder Reichsverwesers entspräche, kann gegenüber dem deutschen Bunde gar nicht vorkommen.

Der Artikel 148 des Strafgesetzbuches (s. o. S. 25) ist durch dasselbe Gesetz von 1853 (Art. 3) aufgehoben.

VIII. Die oben S. 26—28 genannten Handlungen, welche nach allgemeinen Grundsätzen als Konkurrenz des Aufruhrs, beziehungsweise der Meuterei in Strafanstalten mit gewissen anderen schweren Verbrechen anzusehen wären.

Auch diesen Handlungen giebt Hepp im Neuen Archiv 1847, S. 483 einen zu weiten Umfang; er übersieht nämlich, daß unter den Gewaltthaten, die das dritte Stadium des Aufruhrs begründen, nach dem übereinstimmenden Sinne, in welchem die Regierung und beide Kammern [1]) die Art. 177 und 178 des Strafgesetzbuchs aufgefaßt haben, nur solche verstanden sind, welche mit dem Thatbestande des Aufruhrs selbst in Beziehung und Zusammenhang stehen, zur Beförderung des Aufruhrs dienen und als integrirender Theil der aufrührerischen Handlung betrachtet werden können. Hat ein Theilnehmer des Aufruhrs eine Gewaltthätigkeit begangen, bei welcher jene Voraussetzungen nicht vorhanden sind, so genügt diese Handlung nicht — wie Hepp meint — zur Begründung des dritten Stadiums; der Thäter kann also nicht unter die Ziffer 1 des Artikels 378 gestellt, sondern nur mit der durch jene Gewaltthätigkeit an sich verwirkten Strafe (z. B. des Todtschlages, Raubes u. s. w.), beziehungsweise, wenn auch seine Theilnahme am Aufruhr eine strafbare (nicht bloß eine straflose gemeine Theilnahme im Falle des

---

1) Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1838, Band XIII., 2te Abtheilung S. 254 Anm. *), S. 371, vergl. mit dem Protokolle der 97sten Sitzung (Band IX. der Verhandlungen) S. 5 — 27. S. auch Hufnagel's Kommentar, Bd. I. S. 460—462.

Art. 177) war, mit einer nach den Grundsätzen vom Zusammenflusse zu berechnenden Gesammtstrafe belegt werden.

§. 22.

Die Strafmilderungsgründe des württembergischen Rechts.

I. Die Strafmilderungsgründe des bisherigen Rechtes bleiben nach dem allgemeinen Grundsatze der Gesetzesauslegung, daß neben der Abänderung einer gesetzlichen Regel im Zweifel die bisherigen Ausnahmen von derselben als fortbestehend betrachtet werden müßen [1]), auch bei denjenigen Verbrechen, welche jetzt wieder mit der Todesstrafe geahndet werden, in Kraft. Einen Zweifel hieran kann auch der Umstand nicht erwecken, daß im Art. 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 nur für den Strafmilderungsgrund der Jugend (Strafgesetzbuch Art. 96, Ziffer 1) ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht ist; denn es lag keineswegs in der Absicht der Gesetzgebung, durch diesen Vorbehalt die Beachtung der anderen Strafmilderungsgründe auszuschließen. Vielmehr sagen die Motive gerade über diesen Punkt nur, die Wiederherstellung des Art. 96, Ziffer 1 des Strafgesetzbuches verstehe sich von selbst; allein ebensowohl versteht sich die Anwendung der übrigen Milderungsgründe von selbst, auch ohne besondere gesetzliche Erwähnung derselben.

II. Die auf den Art. 96 bezüglichen Worte mögen wohl ihre Aufnahme in's Gesetz dem Umstande verdanken, daß in dem unmittelbar folgenden Artikel 2 von dem Einflusse des jugendlichen Alters die Rede ist. Es ist nämlich hier dem für die Regel auf das Alter von 10—16 Jahren beschränkten

---

1) s. Wächter's Handbuch des württembergischen Privatrechts, Band II. S. 163—165.

Strafmilderungsgrunde der Jugend [1]) die wichtige Ausdehnung gegeben, daß gegen junge Leute, welche nach dem 16ten, aber vor zurückgelegtem 18tem Jahre ein mit Todesstrafe oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen begangen haben, statt dieser Strafe auf 15 — 25jähriges Zuchthaus erkannt werden solle.

Zur Begründung dieser weiteren Ausnahme berufen sich

---

1) Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die strafrechtliche Behandlung der Jugend sind folgende:

„Art. 95. Kindern kann vor zurückgelegtem zehnten Jahre eine gesetzwidrige Handlung zur Strafe nicht zugerechnet werden; vorbehältlich der nöthigenfalls polizeilich anzuordnenden Besserungsmittel."

„Art. 96. Gegen junge Leute, welche nach dem zehnten, aber noch vor dem zurückgelegten sechszehnten Jahre eine gesetzwidrige Handlung begangen haben, tritt Zurechnung zu geminderten Strafen in nachstehender Weise ein:

1. statt der Todes- und lebenslänglichen Zuchthausstrafe soll auf fünf- bis fünfzehnjähriges Zuchthaus erkannt, die zeitliche Freiheitsstrafe aber soll auf ein Viertheil bis zu drei Viertheilen der sonst gesetzlich verwirkten Zeitdauer, ohne Anwendung des Maaßstabes des Art. 50, herabgesetzt werden, und es darf dieselbe in keinem Falle zwölf Jahre überschreiten.

Außerdem ist den Gerichten gestattet, die Gefängnißstrafe bis auf sechs Jahre zu erstrecken, und diese Strafart auch in solchen Fällen zu erkennen, für welche sonst Zuchthaus oder Arbeitshaus angedroht ist.

2. Die erkannten Strafen sollen in einer abgesonderten Abtheilung eines der Kreisgefängnisse vollzogen werden; auch treten die an die Strafart hinsichtlich der Ehre geknüpften Folgen nicht ein.

3. Bei Geldstrafen soll eine gleichmäßige Herabsetzung, wie bei den Freiheitsstrafen, Statt finden.

Wenn jedoch ein solcher Minderjähriger die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt hat, so findet der Art. 95 auf ihn Anwendung."

Die Ziffer 1 des Art. 96 ist jetzt auch im Gesetze vom 14. Apr. 1855 (Art. 2 Ziffer 3) aufrecht erhalten, so daß sie eine Ausnahme von der in Art. 1 dieses Gesetzes aufgestellten Regel bildet. Auch der Art. 3 desselben Gesetzes findet auf jugendliche Verbrecher keine Anwendung (s. Art. 4 desselben Gesetzes).

die Motive S. 594 theils auf die erfahrungsmäßige Thatsache, daß auch bei jungen Leuten dieses Alters die bei älteren Personen anzunehmende Reife des Verstandes und Selbstständigkeit des Willens noch nicht vorausgesetzt werden könne, theils auf das Beispiel anderer Strafgesetzgebungen, welche die ordentlichen Strafen der schwersten Art nur dann eintreten lassen, wenn der Thäter eine höhere Alters-Gränze, als die des 16ten Jahres überschritten hatte [1]).

Eine noch weitere Ausdehnung des genannten Milderungsgrundes wurde von der Kammer der Abgeordneten vorgeschlagen, indem dieselbe auf den Antrag ihrer Kommission (s. den Bericht derselben im 1. Beilagen-Bande S. 857) beschloß, die

1) Solche Vorschriften enthalten mehrere deutsche Strafgesetzbücher. Das badische und großh. hessische, welche für die Regel, wie das württembergische Recht, der Jugend nach zurückgelegtem sechszehntem Jahre keine strafmildernde Wirkung mehr beilegen (hess. G.-B. Art. 115 — 117, bad. §. 79), schließen doch bei allen jungen Leuten, welche das achtzehnte Jahr noch nicht vollendet haben, die Todesstrafe, das hessische Gesetz auch die lebenslängliche Zuchthausstrafe aus.

Das thüringen'sche Gesetzbuch (Art. 58) läßt die Jugend bis zum vollendeten achtzehnten Jahre als allgemeinen Milderungsgrund wirken. — Das österreichische G.-B. berücksichtigt die Jugend vom 14ten bis zum 20sten Jahre im Allgemeinen und für die Regel nur innerhalb des Strafrahmens (§§. 46 litt. a., vergl. mit 53 und 54, 2 litt. d., 237), setzt aber an die Stelle des Todes- und lebenslangen Kerkerstrafe für alle Verbrecher, welche das Alter von 20 Jahren zur Zeit des begangenen Verbrechens noch nicht zurückgelegt haben, schweren Kerker zwischen 10 und 20 Jahren (§. 52). — Dagegen ist der allgemeine Strafmilderungsgrund der Jugend in den Königl. sächs. Gesetzbüchern von 1838 (Art. 62) und von 1855 (Art. 90) bis zum vollendeten achtzehnten, im braunschweigischen Kriminalgesetzbuche von 1840 Art. 60 bis zum einundzwanzigsten Jahr erstreckt, und hievon nur durch den Satz, daß die Bosheit das Alter erfülle, eine Ausnahme begründet. Allein diese Ausnahme ist bei den im Allgemeinen mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen dahin beschränkt, daß gegen junge Leute des bezeichneten Alters nie auf jene Strafe erkannt werden soll; und somit besteht gerade in Beziehung auf unsere Frage auch in den zuletzt genannten Gesetzen eine (übrigens auch bei der lebenslänglichen Freiheitsstrafe geltende) Besonderheit.

in dem Art. 2 gegebene Alters-Gränze vom 18ten auf das zurückgelegte 20ste Jahr vorzurücken. (Protokoll der 178sten Sitzung S. 3963—3967.) Die Kammer der Standesherren aber blieb bei dem Regierungs-Entwurfe stehen [1]), und bei der zweiten Berathung stimmte demselben auch die Abgeordnetenkammer schließlich bei [2]).

In Beziehung auf die Berechnung des Alters muß, da es sich von der Auslegung eines deutschen Partikulargesetzes handelt, die deutsch-rechtliche (verlängernde) Methode zur Anwendung kommen, so daß in den obigen Zeitraum derjenige Geburtstag, an welchem das natürliche 18te Jahr zu Ende geht, mit eingerechnet, dagegen der Geburtstag, an welchem das 16te Jahr abgelaufen ist, noch unter den weiter gehenden Milderungsgrund des Strafgesetzbuches Art. 96, Ziffer 1 gestellt werden muß.

Diese Bemerkung, welche sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Zeitberechnung ergiebt [3]), ist meines Wissens bis jetzt von den Bearbeitern des württembergischen Strafrechtes noch nicht gemacht worden.

Wiederholt ist die Bestimmung des angeführten Artikels 2 in dem Gesetz über Freiheitsstrafen vom 14. April 1855, Artikel 2, Ziffer 2), und zwar als Ausnahme von der Regel des letzteren Gesetzes (Art. 1), daß vom 1. Juli 1855 an die Zuchthausstrafe um ein Fünftel unter derjenigen Dauer, auf welche nach bisherigem Rechte zu erkennen war, bemessen werden solle.

Es ist also auch jetzt noch (ungeachtet dieser letzteren

1) Protokolle der Kammer der Standesherren, Band III. S. 907; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, erster Beil.-Bd., S. 997.

2) Protokoll der 216ten Sitzung (Bd. VI., zweite Abtheilung S. 5354 oben); Beilagen-Band I. S. 1078, 1090, 1207.

3) s. Wächter's Handbuch des württembergischen Privatrechts, Band II. S. 828—829.

Regel) gegen solche Personen, welche nach dem 16ten, aber vor dem zurückgelegten 18ten Jahre ein mit Todes= oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen begangen haben, statt dieser Strafe auf 15= bis 25jähriges Zuchthaus zu erkennen.

III. Ein allgemeiner Strafmilderungsgrund des württembergischen Rechts ist bei allen Verbrechen, welche von Amts wegen untersucht und bestraft werden, der Ablauf von zwei Drittheilen der Untersuchungsverjährungsfrist, wenn sich der Verbrecher binnen dieser Zeit keiner neuen, im Strafgesetzbuche mit Strafe bedrohten Uebertretung schuldig gemacht hat (Strafgesetzbuch Art. 113, Absatz 1).

In Beziehung auf die Wirkung dieses Milderungsgrundes bestimmte das Strafgesetzbuch ebendaselbst, daß statt der Todesstrafe auf lebenslängliches oder auf zeitliches Zuchthaus, letzteres von 20 bis zu 25 Jahren, statt der lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf zeitliche nicht unter 10 Jahren erkannt werden sollte.

Mit der Aufhebung der Todesstrafe im Jahre 1849 fiel der erste Theil dieser Bestimmung weg; denn jetzt konnte ja gar nicht mehr die Frage entstehen, welchen Einfluß der genannte Milderungsgrund bei einem an sich mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen haben sollte; die höchste Strafe, um deren Herabsetzung es sich jetzt noch handeln konnte, war lebenslängliches Zuchthaus.

Nicht zu billigen ist die Ansicht von Dr. Schwab (in seiner Ausgabe des Strafgesetzbuches S. 24 Anm. 32), daß nach Art. 1 des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 statt der lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf Zuchthaus von 20 bis zu 30 Jahren, statt der 20= bis 30jährigen Zuchthausstrafe auf 10= bis 20jährige zu erkennen sei. Denn das Gesetz von 1849 sagt ja nicht: „überall da, wo im Strafgesetzbuch das Wort

„Todesstrafe" vorkommt, ist an die Stelle desselben „lebenslängliches Zuchthaus" zu setzen u. s. w.;" auch bezieht sich seine Aenderung nicht auf die in hypothesi zu erkennenden, sondern (vorbehältlich der Bestimmungen über Zusammenfluß und Rückfall) auf die in thesi angedrohten Strafen; es sagt: „die nach dem Strafgesetzbuche mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen sind mit lebenslänglichem Zuchthause u. s. w. . . . zu bestrafen." Bei der vorliegenden Bestimmung aber handelt es sich nicht darum, mit welcher Strafe ein Verbrechen in thesi bedroht sei, sondern um die ganz andere Frage, welche Wirkung in hypothesi ein bestimmter Strafmilderungsgrund bei einzelnen Strafarten habe, und da konnte doch das, was über eine gänzlich aufgehobene Strafart bestimmt war, nicht mehr in Betracht kommen.

Jetzt ist beim Vorhandensein dieses Milderungsgrundes statt der Todesstrafe auf Zuchthaus von 16 bis 20, oder von 20 bis zu 30 Jahren, oder auf lebenslängliches, statt der lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf zeitliches Zuchthaus von 8 bis zu 20 Jahren zu erkennen.

IV. Die übrigen Milderungsgründe machen hier keine Schwierigkeit.

§. 23.

Allgemeine Uebersicht über den Umfang der Todesstrafe nach den neuesten deutschen Strafgesetzbüchern.

Wie in Württemberg, hatte auch in vielen anderen deutschen Staaten die Partikular-Gesetzgebung, um die oben S. 36 erwähnte Bestimmung der Grundrechte in Ausführung zu bringen, die Aufhebung der Todesstrafe verfügt [1]). So be-

1) Aufgezählt sind diese Staaten von Mittermaier im Neuen Archive 1851 S. 302. Nur muß aus dem dortigen Verzeichniß Sachsen-Altenburg gestrichen werden, wie dieß Groß im Gerichtssaale von 1853, Bd. II. S. 299 Anm. *) näher nachgewiesen hat.

stimmte noch das thüringen'sche Strafgesetzbuch von 1850 Art. 6 ganz im Anschluß an die Grundrechte: „die Todesstrafe ist abgeschafft, ausgenommen, wo das Kriegsrecht sie vorschreibt" [1]). Dagegen ist seit 1851 in Deutschland eine Reihe von Gesetzen erschienen, welche jene Strafart wieder eingeführt oder beibehalten haben. Hierher gehören namentlich die größeren, seit 1851 in Wirksamkeit getretenen Gesetzeswerke: nämlich das preußische Strafgesetzbuch von 1851, das österreichische von 1852, das badische von 1845 (in Wirksamkeit seit 1851) und das Königl. sächsische vom 11. Aug. 1855 denen der (revidirte) Entwurf zu einem neuen bairischen Strafgesetzbuche von 1854 angereiht werden mag [2]).

Alle diese Gesetzbücher stimmen darin überein, daß sie für den vollendeten Mord und Hochverrath Todesstrafe androhen.

A) Namentlich soll nach jenen Gesetzen den vollendeten Mord diese Strafe treffen [3]), was nur im badischen Strafgesetzbuche (§. 205) auf den zum bestimmten Vorsatze zuzurechnenden Mord beschränkt ist [4]).

Ueber die Stellung, welche das Königreich Sachsen in dieser Frage zu den Grundrechten einnahm, s. Groß a. a. O. S. 298 unten — 299 oben.

1) In Sachsen-Meiningen und im Fürstenthum Reuß jüngerer Linie wurde schon bei der Publikation des Strafgesetzbuches diese Bestimmung des gemeinsamen, thüringen'schen Entwurfes verlassen und die Todesstrafe beibehalten (s. Marezoll, Kriminalrecht, 3te Aufl. [1856], S. 145, Anm. 5; Groß a. a. O. S. 299 unten, 300 oben).

2) Gegen die Beibehaltung der Todesstrafe im bairischen Entwurfe hat sich neuestens der langjährige Chef und Mitarbeiter Feuerbach's, der Staatsminister Graf von Reigersberg
im Gerichtssaale von 1854 Band I. S. 432 — 443
erklärt.

3) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 136, preußisches §. 175, sächsisches Art. 155, bair. Entwurf Art. 228.

4) Eine Ausdehnung der Todesstrafe auf Mord mit unbestimmtem Vorsatze hat das badische Gesetzbuch ausnahmsweise in §. 243 für die Vergiftung festgesetzt.

Dabei ist übrigens der Thatbestand des Mordes verschieden bestimmt: am Weitesten im österreichischen Gesetzbuche §. 134 (so daß er auch die im Affekte beschlossene und ausgeführte Tödtung in sich schließt, welche in allen anderen deutschen Gesetzbüchern als Todtschlag aufgefaßt ist), am Engsten in dem Königl. sächsischen (Art. 155), welches zum Begriffe des Mordes fordert, daß die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt (nicht etwa bloß, daß sie mit Ueberlegung beschlossen oder ausgeführt) worden sei. In dieser letzteren Bestimmung liegt allerdings, wie dieß auch die Motive hervorheben [1]), mittelbar eine Beschränkung der Todesstrafe gegenüber dem Kriminalgesetzbuche von 1838 (Art. 121).

B) Staatsverbrechen.

I. Beim Hochverrathe sind die genannten Gesetzbücher sämmtlich strenger, als das württembergische Gesetz von 1853.

Allgemein setzen für den vollendeten Hochverrath die Todesstrafe fest das preußische und sächsische Strafgesetzbuch, ersteres in §. 61, letzteres in Art. 116 [2]). Dabei wird aber zur Vollendung des Hochverrathes eine solche Handlung gefordert, durch welche das verbrecherische Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll; mithin werden hier nur solche Verbrechen mit dem Tode bestraft, welche das württembergische Recht als hochverrätherische Angriffe bezeichnet.

Nach dem badischen Strafgesetzbuche, welches die Vollendung auf gleiche Weise bestimmt (§§. 586—591), wird der hochverrätherische Angriff nicht immer, sondern nur in den

---

1) s. Krug's Kommentar, Bd. I. S. 16. Dieselbe Bestimmung hat der bair. Entw. Art. 228.

2) Ebenso der bairische Entwurf, Art. 94. Für diese Strafdrohung hat sich auch Abegg in seiner Begutachtung dieses Entwurfes (1854) S. 58 ausgesprochen.

schwersten Fällen (in denen der §§. 586 — 589) mit dem Tode bestraft.

Viel weiter, als in den bisher genannten Gesetzen definirt, aber nicht allgemein mit der Todesstrafe bedroht ist der vollendete Hochverrath in dem österreichischen Gesetzbuche von 1852 (§§. 58, 59).

II. Unter denselben Voraussetzungen, wie für den Hochverrath, setzen das österreichische [1]), badische [2]) und sächsische [3]) Strafgesetzbuch auch für Verbrechen gegen die Existenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfassung des deutschen Bundes Todesstrafe fest.

III. Landesverrath wird

1) nach dem preußischen Gesetzbuche in den daselbst §. 67 Absatz 2, §. 68 Absatz 1, §. 69 Ziffer 1 — 6 bezeichneten Fällen;

2) nach dem badischen Gesetzbuche alsdann, wenn durch die im Art. 599, Ziffer 1—10 desselben genannten verrätherischen Handlungen das Vaterland in Gefahr gebracht, oder demselben, oder einem verbündeten Staate ein großer Schaden zugefügt wurde (§. 600), mit dem Tode bestraft.

IV. Majestätsbeleidigung.

1) Nach preußischem Rechte hat Todesstrafe verwirkt, wer sich einer Thätlichkeit gegen die Person des Königs schuldig macht. Ausgenommen sind jedoch „minder schwere Fälle" (§. 74).

2) Dieselbe Strafe trifft nach dem badischen Gesetzbuche denjenigen, welcher sich einer Gewaltthätigkeit oder einer thät-

---

1) §. 58 a. E.
2) §. 595.
3) Art. 120.

lichen Mißhandlung gegen die Person des Großherzogs oder des Regierungsverwesers schuldig macht, wenn ihm dabei eine schwere, mit Vorbedacht verursachte Verletzung zur Last fällt (§§. 606, 609).

Nach österreichischem Rechte werden die unter Ziffer III. und IV. fallenden Handlungen gleichfalls mit dem Tode bestraft, da sie unter dem Begriffe des Hochverrathes enthalten sind.

C) Gemeingefährliche Handlungen.

I. Brandstiftung ist mit dem Tode zu bestrafen:

1) in dem Falle, daß durch den Brand ein Mensch das Leben verloren hat,

a) nach dem preußischen Gesetzbuche allgemein [1]),

b) nach dem österreichischen und sächsischen Gesetzbuche alsdann, wenn jener Erfolg vom Brandstifter vorhergesehen; nach dem badischen Gesetzbuche, wenn er als die wahrscheinliche Folge der Brandstiftung vorhergesehen werden konnte [2]).

2) Noch weiter gehen das österreichische und sächsische Gesetzbuch, indem die Todesstrafe

a) nach dem ersteren auch alsdann, wenn „der Brand durch besondere, auf Verheerung gerichtete Zusammenrottung bewirkt worden" (§. 167 litt. a.),

b) nach dem letzteren in folgenden drei Fällen eintreten soll:

α) „wenn von dem Verbrecher allein, oder von „Mehreren auf vorgängige Verabredung, an verschiedenen „Orten einer Stadt oder eines Dorfes zugleich Feuer ange-

1) Preußisches Strafgesetzbuch §. 285; s. auch unten S. 141 Anm. 2.

2) Oesterreichisches Strafgesetzbuch §. 167 litt. a.; sächsisches Art. 209 Ziffer 1 a.; badisches §. 558. — Dieselbe Bestimmung, wie das badische Gesetz hat jetzt auch der bairische Entwurf Art. 327 Absatz 2.

„legt worden, und wenigstens an einem der zur Vollendung „gehörige Erfolg (Art. 211) eingetreten ist" (Art. 209 Ziff. 1 litt. b.);

β) „wenn der Brand in der Absicht angestiftet worden „ist, um unter dessen Begünstigung Raub und Mord auszu„führen" (Art. 209 Ziffer 1 litt. c.);

γ) „wenn drei oder mehrere Personen sich zusammen„gerottet haben, um das Verbrechen mit offener Gewalt aus„zuführen" (Art. 209 Ziffer 1 litt. d.).

Allgemein fordern die genannten Gesetze zur Verhängung der Todesstrafe, daß der Gegenstand, welcher in Brand gesteckt werden sollte, von dem Feuer ergriffen worden sei [1]).

II. Gewisse andere gemeingefährlichen Handlungen werden, wenn in Folge derselben ein Mensch das Leben verloren hat, nach preußischem Rechte allgemein, nach den anderen neuesten Gesetzbüchern wenigstens in solchen Fällen, in welchen jener Erfolg auf den Willen des Thäters zurückgeführt werden kann, mithin begriffsmäßig eine konkurrirende Tödtung anzunehmen wäre, mit dem Tode bestraft.

1) Nach dem preußischen Rechte hat, wenn jener tödtliche Erfolg eingetreten ist, allgemein [2]) Todesstrafe verwirkt:

---

1) Oesterreichisches Strafgesetzbuch §. 167 litt. a (in den Worten: „da das Feuer ausgebrochen"), preußisches Strafgesetzbuch §. 285 (in den Worten: „in Brand setzt"), badisches Strafgesetzbuch §. 560, sächsisches Art. 211.

In das letztgenannte Gesetzbuch ist die weite Ausdehnung, welche bei diesem Verbrechen der Todesstrafe gegeben ist, erst durch die ständischen Verhandlungen gekommen; der Regierungs-Entwurf hatte jene Strafe auch hier auf diejenigen Fälle beschränkt, welche auf den Begriff des vollendeten Mordes zurückgeführt werden konnten. S. Krug's Kommentar S. 16 und die daselbst mitgetheilte Stelle der Motive.

2) s. Abegg, im Neuen Archive 1848 S. 93—97. — Später hat

a) unter denselben Voraussetzungen, wie der Brandstifter nach §. 285, derjenige, welcher durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodirenden Stoffen Gebäude, Hütten, Schiffe, Magazine oder andere Räumlichkeiten zerstört (§. 289);

b) wer mit Gefahr für das Leben Anderer vorsätzlich eine Ueberschwemmung verursacht (§. 290);

c) wer vorsätzlich an Eisenbahnanlagen, deren Transportmitteln oder sonstiger Zubehör solche Beschädigungen verübt, oder auf der Fahrbahn durch Aufstellen, Hinlegen oder Hinwerfen von Gegenständen oder durch Verrückung von Schienen oder auf andere Weise solche Hindernisse bereitet, daß dadurch der Transport auf der Bahn gefährdet wird (§. 294);

d) wer die Schifffahrt auf die in den §§. 302 und 303 bezeichnete Weise gefährdet [1]), wenn in Folge dieser Handlung ein Schiff gestrandet oder gesunken ist;

e) wer vorsätzlich Brunnen oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Waaren, welche zum

---

dieser Gelehrte die Ansicht aufgestellt, daß in allen obigen Fällen, und ebenso bei der Brandstiftung, auch nach preußischem Rechte nur dann, wenn dem Thäter in Beziehung auf den tödtlichen Erfolg dolus eventualis zur Last falle, Todesstrafe eintreten könne (Neues Archiv 1851, Beilagen-Heft S. 119—120; Begutachtung des bairischen Entwurfes von 1854, S. 168, 169, 172). Allein die Worte des Gesetzes sprechen für die oben im Text angedeutete strengere Ansicht, welche auch von Dollmann (in der kritischen Ueberschau, Band I. S. 156 ob. in den Worten „Nachbildung des französischen Rechts") getheilt wird.

1) Unter den Art. 302 fällt, wer vorsätzlich die zur Sicherung der Schifffahrt bestimmten Feuerzeichen oder andere zu diesem Zwecke aufgestellte Zeichen zerstört, wegschafft oder unbrauchbar macht, oder dergleichen Feuerzeichen auslöscht, oder falsche Zeichen, welche geeignet sind, die Schifffahrt unsicher zu machen, aufstellt, insbesondere zur Nachtzeit auf der Strandhöhe Feuer anzündet, welches die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist. — Der Art. 303 nennt überhaupt vorsätzliches Bewirken der Strandung oder des Sinkens eines Schiffes.

öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, vergiftet, oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen, wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissentlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft oder feil hält (§. 304 Absatz 2).

2) das österreichische Gesetzbuch bedroht für den Fall, daß die gemeingefährliche Handlung den Tod eines Menschen zur Folge hatte und Dieß von dem Thäter vorhergesehen werden konnte, mit der Todesstrafe zwei Arten der „öffentlichen Gewaltthätigkeit", nämlich

a) „öffentliche Gewaltthätigkeit durch boshafte Beschä-„digung eines fremden Eigenthums" (§. 85) [1];

b) „öffentliche Gewaltthätigkeit durch boshafte Hand-„lungen oder Unterlassungen unter besonders gefährlichen Ver-„hältnissen" (§. 87) [2].

---

1) „Boshafte Beschädigung eines fremden Eigenthums" soll nach §. 85 als „Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit" angesehen werden, wenn entweder:

a) „der Schade, welcher entstanden, oder in dem Vorsatze des Thä-„ters gelegen ist, fünfundzwanzig Gulden übersteigt; oder wenn, ohne „Rücksicht auf die Größe des Schadens

b) „daraus eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit, körperliche „Sicherheit von Menschen, oder in größerer Ausdehnung für fremdes „Eigenthum entstehen kann; oder

c) „die boshafte Beschädigung an Eisenbahnen, diese mögen mit oder „ohne Dampfkraft betrieben werden, oder an den dazu gehörigen Anlagen, „Beförderungsmitteln, Maschinen, Geräthschaften oder anderen zum Be-„triebe derselben dienenden Gegenständen, oder an Dampfschiffen, Dampf-„maschinen, Dampfkesseln, Wasserwerken, Brücken, Vorrichtungen in Berg-„werken oder überhaupt unter besonders gefährlichen Verhältnissen verübt „worden ist."

2) Diese Art der öffentlichen Gewaltthätigkeit verübt, wer „durch was immer für eine andere (als die im §. 85 — s. die vorige Anm. —

Diese Handlungen, welche hiernach in Oesterreich mit dem Tode bestraft werden, sind, der angegebenen Voraussetzung zufolge, sämmtlich solche, welche sich auf den Begriff einer Konkurrenz des vollendeten vorsätzlichen gemeingefährlichen Verbrechens und einer fahrläßigen Tödtung zurückführen lassen [1]).

3) Das badische Strafgesetzbuch setzt für einige der schon unter 1. angeführten Verbrechen in dem Falle Todesstrafe fest, daß in Folge jener Handlungen ein Mensch das Leben verloren hat und Dieß dem Thäter zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zugerechnet werden kann. Die Bestimmungen, welche hierher gehören, sind enthalten:

a) in den Art. 246 und 247 (über gemeingefährliche Vergiftung von Brunnen und anderen Sachen);

b) im Art. 563 (über vorsätzlich verursachte Ueberschwemmung);

c) im Art. 567 (über vorsätzliche Beschädigung einer Eisenbahn, wodurch Leben oder Gesundheit Anderer in Gefahr gesetzt wird, sowie über vorsätzliche Bereitung einer solchen Gefahr auf einer Eisenbahn durch andere Handlungen) [2]).

---

genannten) aus Bosheit unternommene Handlung oder durch die geflissentliche Außerachtlassung der ihm bei dem Betriebe von Eisenbahnen oder von den im §. 85 litt. c. (s. die vorige Anm.) bezeichneten Werken oder Unternehmungen obliegenden Verpflichtung eine der im §. 85 litt. b. bezeichneten Gefahren herbeiführt."

1) Der bairische Entwurf bedroht „Zerstörung durch Pulver oder ähnliche Stoffe" (Art. 335) und vorsätzliche Verursachung einer Ueberschwemmung (Art. 333 Abs. 3) in denselben Fällen, wie die Brandstiftung mit der Todesstrafe, nämlich alsdann, wenn in Folge der Handlung ein Mensch das Leben verloren hat und der Thäter diesen Erfolg als wahrscheinlich voraussehen konnte (s. Abegg's Begutachtung S. 172).

2) Es sind Dieß dieselben Fälle, welche auch das württembergische

In diesen drei Fällen stellt sich das Verbrechen nach den allgemeinen Begriffen der Strafrechtswissenschaft als Konkurrenz eines Mordes (sei es aus bestimmter, oder aus unbestimmter Absicht), beziehungsweise eines Todtschlages mit den bezeichneten gemeingefährlichen Handlungen dar.

D) Todtschlag zieht

I. nach preußischem Rechte alsdann die Todesstrafe nach sich, wenn ihn der Thäter entweder

1) an einem leiblichen Verwandten der aufsteigenden Linie [1]), oder

2) bei der Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens begangen hat, um ein der Ausführung desselben entgegentretendes Hinderniß zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen [2]) (vergl. württ. Strafgesetzbuch Art. 245 und das oben S. 32, 129 Bemerkte).

II. In Oesterreich sind alle vorsätzlichen Tödtungen (jedoch mit Ausschluß der mit dolus indeterminatus [im Sinne Feuerbach's] verübten) unter den Begriff des „Mordes" gestellt und mit der Todesstrafe bedroht [3]).

E) Raub soll

I. nach dem badischen Strafgesetzbuche (Art. 412 Ziffer 1, 413) mit dem Tode bestraft werden, wenn die dem Angegriffenen zugefügte Mißhandlung den Tod desselben zur Folge gehabt hat, insoferne dem Thäter dieser Erfolg seiner Handlung zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zuzu-

---

Gesetz vom 2. Okt. 1845 mit der Todesstrafe bedrohte (s. oben S. 34, S. 112 ff., S. 129).

1) Preußisches Strafgesetzbuch §. 179. S. gegen diese Bestimmung Abegg, Begutachtung des bairischen Entwurfs S. 112.

2) Preußisches Strafgesetzbuch §. 178. Auch für diesen Fall hat sich Abegg (a. a. O. S. 115) gegen die Androhung der Todesstrafe erklärt.

3) Oesterreichisches Strafgesetzbuch §§. 135, 136.

rechnen ist; — also auch hier im Grunde nur da, wo Konkurrenz eines Raubes mit Mord oder Todtschlag vorliegt.

II. Nach dem sächsischen Strafgesetzbuche alsdann, wenn „Jemand in Folge der gegen ihn geübten Gewalt den Tod gefunden hat" [1]); Art. 177, Ziffer 1.

F) Endlich bedroht noch das badische Strafgesetzbuch mit der Todesstrafe folgende Verbrechen, welche nach den allgemeinen, wissenschaftlichen Begriffen als Zusammenfluß des Mordes oder Todtschlages mit einem anderen Verbrechen anzusehen wären:

I. Nothzucht, wenn die Mißhandlung den Tod der Genöthigten zur Folge hatte, insoferne dem Thäter dieser Erfolg seiner Handlung zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zuzurechnen ist (§. 335, Ziffer 1).

II. Eine Reihe von Verbrechen, wenn durch dieselben vorsätzlich und widerrechtlich die Hinrichtung eines der Todesstrafe nicht verfallenen Menschen bewirkt wird; nämlich

1) In §. 489 falsches Zeugniß, „insofern zwei oder mehrere Zeugen, oder Sachverständige, in Folge vorheriger Verabredung, das falsche Zeugniß, oder Gutachten in der Absicht abgegeben haben, um die Verurtheilung zur Todesstrafe herbeizuführen." (Diese Beschränkung auf eine Mehrheit von Personen und ein Komplott ist derselben irrthümlichen Erwägung entsprungen, von welcher die Motive zum württembergischen Strafgesetzbuch [s. o. S. 121—124] und noch neuerdings Hepp [im Neuen Archive 1847, S. 137 ff.] ausgegangen sind. [2])

---

1) Auch beim Raube hatte der Entwurf die Todesstrafe auf die Fälle beschränkt, in welchen das Verbrechen des vollendeten Mordes enthalten war. Die Erweiterung rührt, wie bei der Brandstiftung (s. o. S. 141 Anm. 1), von den ständischen Berathungen her. — S. Krug's Kommentar S. 16 und die dort mitgetheilte Stelle der Motive.

2) Dagegen hat das sächsische Strafgesetzbuch jetzt ganz den legis-

2) Mit derselben Strafe, wie das falsche Zeugniß — also, woferne dieselben Voraussetzungen, wie bei dem letzteren, vorliegen, gleichfalls mit der Todesstrafe — sind bedroht:

a) Falsche Beschuldigung und Veranstaltung, um gegen Jemanden den Verdacht eines von ihm verübten Verbrechens zu erregen (§. 286, vergl. mit §§. 284 und 285).

b) Verletzte Richterpflicht (§. 673).

c) Fälschung (d. h. hier: wissentlich unwahre Beurkundung), welche ein öffentlicher Diener in einem Vortrage, Protokolle, Bericht oder in anderen Akten in der Absicht verübt, eine ungerechte Entscheidung herbeizuführen (§. 676).

Vorstehende Beispiele mögen genügen, um den Stand der neuesten deutschen Gesetzgebung in Beziehung auf unsere Frage zu bezeichnen. Hinzuzufügen ist noch wegen der Vergleichung mit dem württembergischen Rechte, daß das großherzoglich hessische Gesetz vom 11. April 1849 (s. ob. S. 37 Anm. 1) sich begnügt hat, die Todesstrafe in demselben Umfange wiederherzustellen, in welchem sie vor dem Jahre 1849 bestanden hatte. Dabei unterließ es die hessische Staatsregierung, durch statistische Nachweisungen Anhaltspunkte für die Beurtheilung der Frage zu geben, ob die Todesstrafe die von ihr erwartete Wirksamkeit auch wirklich ausübe, ob die Zahl der Verbrechen und insbesondere derer, für welche jene Strafart wieder vorgeschlagen wurde, sich in Folge der Abschaffung derselben vermehrt habe [1]).

---

lativ richtigen Weg eingeschlagen, indem es im letzten Absatze des Art. 223 für den Fall, daß in einer Untersuchung über ein Verbrechen in der Absicht meineidig geschworen worden ist, die Verhängung der Todesstrafe über einen Unschuldigen oder doch minder Schuldigen herbeizuführen, lediglich auf die allgemeinen Grundsätze von der idealen Konkurrenz (§. 77) verweist. — S. auch Krug's Kommentar Bd. I. S. 16.

1) s. Bopp im Neuen Archiv, 1855, S. 417 Anm. 40, S. 423.

Dagegen bemerkt die Königl. sächsische Regierung in ihren Motiven [1]) zu dem Strafgesetzbuche vom 11. Aug. 1855 über die seit 1838 gemachten Erfahrungen:

Dieselben seien insofern günstig zu nennen, als sich bei denjenigen Verbrechen, für welche die Todesstrafe schon durch das Kriminalgesetzbuch von 1838 aufgehoben worden sei, eine merkliche Zunahme der Begehungen nicht herausgestellt habe. Allein daß der Zeitpunkt für die gänzliche Abschaffung jener Strafart bereits eingetreten sei, habe man nach den gemachten Erfahrungen nicht abnehmen können, da seit dem Jahre 1838 und bis auf die neueste Zeit Fälle vorgekommen seien, wo, ohne das Rechtsgefühl im Volke zu verletzen, selbst im Wege der Begnadigung die Vollstreckung der erkannten Todesstrafe nicht habe nachgelassen werden können. Man habe sich daher begnügen müßen, die Todesstrafe auf diejenigen Fälle zu beschränken, wo den Staat theils die Pflicht der Selbsterhaltung, theils die Rücksicht auf das unverdorbene Rechtsgefühl im Volke in die unabweisbare Nothwendigkeit versetze, dieses äußerste Strafmittel sich vorzubehalten. Diese Fälle lassen sich auf den des vollendeten Hochverrathes und des vollendeten Mordes zurückführen, wobei noch zu gedenken sei, daß auch in der veränderten Begriffsbestimmung des Mordes eine Beschränkung der Todesstrafe enthalten sei (s. o. S. 138).

Da im Königreiche Sachsen die Todesstrafe im Ganzen nur ein Jahr und fünf Monate lang (vom 3. Jan. 1849 bis zum 5. Juni 1850) außer Wirksamkeit gewesen war [2]), konnten dort in Beziehung auf die oben erwähnte Frage so

---

1) Die betreffende Stelle der Motive bezieht sich auf den oben S. 21 — 22 erwähnten Antrag der sächsischen Ständeversammlung von $18^{36}/_{37}$.

2) s. Groß im Gerichtssaal, 1853, Bd. II. S. 298 unten — 299 oben.

vollständige statistische Notizen, wie in Württemberg, nicht gesammelt werden. Gewiß aber ist der Weg, welchen die württembergische Regierung dadurch eingeschlagen hat, daß sie sich auf feste Thatsachen, auf Zahlen stützte, der einzige, welcher bei dem jetzigen Stande der Ansichten zur endgültigen Entscheidung des Streites über die Todesstrafe führen kann. Die Lösung, welche die Wissenschaft aus allgemeinen Gründen, abgesehen von den Erfahrungen über die Wirksamkeit jener Strafart, zu geben vermag, ist eben immer nur die hypothetische [1]: die Todesstrafe muß, weil sie mit großen Uebelständen verknüpft ist, überall da verworfen werden, wo sie sich als entbehrlich oder unwirksam zur Erhaltung des äußeren Rechtszustandes zeigt; zuläßig aber und geboten ist sie in allen solchen Staaten und Zeiten, in welchen sie das einzige, hinreichende Mittel zur Verwirklichung (d. h. Erhaltung und Wiederherstellung) des Rechtes ist. Denn wo sie Dieß ist, da erscheinen jene Uebel eben nur als relative, welche der absoluten Forderung der Vernunft, daß das Rechtsgesetz die allgemeine, ungestörte Herrschaft habe, im Kollisionsfalle weichen müßen.

Eine Untersuchung darüber, ob den Gründen, welche die deutschen Gesetzgeber in der neuesten Zeit zur Beibehaltung und Wiedereinführung der Todesstrafe bestimmt haben, die in Deutschland bestehenden Rechtszustände vollständig entsprechen,

---

1) s. Heffter's Lehrbuch (fünfte Auflage von 1854) §. 118, Ziffer 1. — Vergl. auch Brauer, Kriminal-Lexikon, 1854, S. 611 (wo jedoch — wie auch von Dollmann, in der kritischen Ueberschau, Bd. I. S. 155 u. — daraus, daß die bisherigen Versuche, die Todesstrafe abzuschaffen, nicht geglückt sind, zu rasch auf die Nothwendigkeit derselben geschlossen wird).

ob also nach den dermaligen Verhältnissen Deutschlands jene gesetzlichen Bestimmungen geboten gewesen seien, liegt außer den Gränzen dieser Abhandlung und wird wohl auf eine allgemein befriedigende Weise erst in der Zukunft gegeben werden können, wenn man einmal überall angefangen hat, mit den allgemeinen Gründen die Zahlen, mit dem Sauerteige der Wissenschaft den Stoff, welchen er durchdringen soll, die Thatsachen in Verbindung zu bringen.

So lange Dieß nicht geschehen ist, werden immer die beiden entgegengesetzten Behauptungen wiederkehren: von der einen Seite, daß die Todesstrafe unzweifelhaft von verbrecherischen Entschlüssen abschrecke und zur Erhaltung des Rechts unentbehrlich sei; von der anderen Seite, daß jene abschreckende Wirkung eine bloße, ungegründete Voraussetzung sei und die Nothwendigkeit der Todesstrafe nicht als erwiesen angenommen werden könne.

Die erste sowohl, als die zweite Ansicht wird, je nach dem subjektiven Standpunkte der Einzelnen, ihre Anhänger finden, und eine allgemein gültige, Jeden mit unwiderstehlicher Kraft überzeugende Entscheidung wird bei dem jetzigen Stande der Frage als unmöglich betrachtet werden müßen. Wohl aber ist es als ein entschiedener Fortschritt zu begrüßen, daß die Gesetzgebung mit dem letzten Reste der materiellen Talien gebrochen und sich begnügt hat, die Beibehaltung und Wiedereinführung der Todesstrafe darauf zu stützen, daß sie zur Zeit nothwendig sei.

Hiemit sind nicht nur aus ihrem früheren Gebiete alle diejenigen Verbrechen entfernt worden, von welchen man sich überzeugt hatte, daß in Beziehung auf sie die Todesstrafe unnöthig sei und als bloße (veredelte) Rache erschiene, sondern es ist auch die Bahn für eine endgültige Entscheidung geebnet, welche — soweit in solchen Dingen ein Voraussagen möglich

ist — meiner Ueberzeugung nach keine andere sein wird, als die Erreichung des von allen Seiten für wünschenswerth erklärten Zieles, die gänzliche Beseitigung jener Strafart. Auch hier wird sich der Satz bewähren, daß die nothwendigen Strafen milder sind, als die früher allein für „gerecht" gehaltenen, und man wird mit Reigersberg hoffen können, daß mit gesunden allgemeinen Zuständen, mit wiederkehrender Ruhe der Geister die allgemeine Ueberzeugung sich für die Entbehrlichkeit der Todesstrafe und folgerichtig für ihre Abschaffung erklären wird [1]. Allein — wie gesagt — dieß sind nur subjektive Hoffnungen, welche für jetzt nicht darauf Anspruch machen können, allgemein getheilt zu werden.

§§. 24 — 27.

Processualische Vorschriften des württembergischen Rechts über Todesurtheile und deren Vollziehung.

§. 24.

Erfordernisse der Todesurtheile.

Einerseits die vollständige Unmöglichkeit, für eine vollzogene Todesstrafe irgend eine, auch nur relative Entschädigung zu geben, andererseits die Schwere dieser Strafe und der hohe Werth, welcher bei dem heutigen Stande der Gesittung dem Menschenleben mit Recht beigelegt wird, haben die Gesetzgeber hier auf besondere Vorschriften geführt, welche theils gegen einen möglichen Irrthum oder bösen Willen der Richter schützen, theils die Ausübung des Begnadigungsrechtes in den dazu geeigneten Fällen sicher stellen sollten.

Solche Ausnahme-Bestimmungen scheinen freilich, nament-

---

1) Gerichtssaal von 1854, Band I. S. 437 — 441. — Vergl. auch Möller, Kritik des Strafmaaßes (Göttingen, 1852) S. 81 unten.

lich dann, wenn sie in einer Beschränkung der Vorschriften über den Beweis bestehen, auf den ersten Anblick die logische Konsequenz gegen sich zu haben und sind deßhalb schon oft aus dem Grunde bekämpft worden, daß was in einer kleinen Sache gewiß sei, auch in einer großen für gewiß gehalten werden müße. Allein in der That ist die Grundlage dieses letzteren Schlusses unrichtig. Unbedingt zweifellose, mathematische Wahrheit ist über Ereignisse, welche der äußeren Erfahrung angehören, fast nie zu erlangen. Wie bei aller seiner Thätigkeit, so ist auch im Strafverfahren der Staat auf das Maaß menschlicher Einsicht angewiesen; er muß sich mit einem solchen Beweise begnügen, welcher die Bürgschaft giebt, daß der auf ihn gestützte Schluß ohne eine besonders unglückliche, nach menschlicher Einsicht nicht zu erwartende Verkettung der Umstände die materielle Wahrheit selbst darstelle. Allein die, wenn auch noch so entfernte, Möglichkeit jenes unglücklichen Zusammentreffens von täuschenden Umständen, mithin eines Irrthums, bleibt fast immer übrig, mag die Verantwortung für denselben vom Gesetzgeber selbst (durch Aufstellung einer positiven Beweistheorie) übernommen, oder auf die Schultern des Richters, insbesondere jetzt der Geschworenen gelegt sein.

Es ist nun gewiß durchaus gerechtfertigt, daß gegen die Möglichkeit des Irrthums da, wo durch denselben ein absolut unersetzliches und schweres Unrecht herbeigeführt würde, eine ängstlichere Vorsicht angewendet, ein größerer Aufwand von Kräften in Bewegung gesetzt wird, als der Staat in seiner gewöhnlichen Handlungsweise, da wo es sich nur um die Gefahr minder wichtiger und ersetzbarer Nachtheile handelt, nach dem Maaße seiner Mittel anwenden und (was die Vorsicht betrifft) seiner Pflicht, das Recht zu verwirklichen, gegenüber verantworten könnte.

Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß deßhalb, wie es häufig von Seiten der Gesetzgebungen, namentlich auch der württembergischen [1]), geschehen ist, gerade für den Anzeigen- und zusammengesetzten Beweis besondere Schranken aufgestellt werden sollen, durch welche er hinter den sogenannten direkten Beweis zurückgesetzt würde: vielmehr muß der Verfasser nach seiner eigenen Erfahrung (wie wohl jeder Praktiker) aus vollem Herzen der Aeußerung des Justizministers v. Plessen in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 5. März 1853 beistimmen, daß gerade der Anzeigenbeweis häufig weit schlagender ist, als alle direkten Beweise der Schuld; und hievon darf man selbst die „regina probationum", deren Krone so oft nur aus Dornen geflochten ist, nicht ausnehmen.

Die Schutzmittel, welche einem Irrthum oder bösen Willen des Richters vorbeugen sollen, können nun aber höchst verschiedenartig sein, und gestalten sich namentlich ganz anders in einem auf die bloße „innige Ueberzeugung" der Geschworenen gegründeten Processe (wie es z. B. der heutige württembergische in allen schweren Strafsachen ist), als in dem vormaligen, schriftlichen und geheimen, an eine gesetzliche Beweistheorie gebundenen Verfahren.

Auf dem Standpunkte des letzteren stand im Wesentlichen auch die württembergische Strafproceßordnung von 1843; dieselbe stellt für Todesurtheile besondere Garantieen auf durch Vorschriften

1) Ebenso in dem bairischen Strafgesetzbuche von 1813, Theil II. Art. 330. — S. über die Geschichte dieser Bestimmung in Baiern Feuerbach's aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen (3te Aufl. v. Mittermaier) S. 356 Anm. *) und jetzt auch Reigersberg im Gerichtssaale 1854, Bd. I. S. 443 u.

1) über den Beweis der Thäterschaft (Art. 314, Absatz 3; Art. 317, Absatz 3—4; Art. 337, 339);

2) über die Gutachten der als Sachverständige vernommenen Aerzte (Art. 102 Ziffer 2, Art. 350 Absatz 2 und 3);

3) über nothwendige Bestellung eines Korreferenten (Art. 345, Art. 347 Absatz 1);

4) über die zur Verurtheilung erforderliche Stimmenzahl der Richter (Art. 350 Absatz 1 und 3, Art. 395 Absatz 3) und über die von Amts wegen zu veranlassende Revision des Erkenntnisses (Art. 373).

Dazu kamen noch besondere Beschränkungen in Beziehung auf die Wiederaufnahme der Untersuchung (Art. 419 Ziffer 3, 421 Absatz 2), welche übrigens streng genommen nicht hierher gehören.

S. hierüber Hepp im Neuen Archiv 1848, S. 165—177, wo jedoch die württembergischen Gesetze wieder übermäßig getadelt sind.

Mit der Aufhebung der Todesstrafe fielen diese Bestimmungen weg; das Erkenntniß auf lebenslängliche Zuchthausstrafe, welche jetzt an die Stelle der Todesstrafe trat, war an keine besonderen Erfordernisse gebunden [1]).

Mit dem Verfahren vor Geschworenen-Gerichten in der Gestalt, wie es in Württemberg besteht, sind besondere Vorschriften über die Erfordernisse des Beweises nicht verträglich, und auf derartige Bestimmungen mußte man daher, als die Todesstrafe wieder eingeführt wurde, von vorn herein verzichten. Es ist denn auch in dem Art. 3 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 ausdrücklich bestimmt, daß auf die Todesstrafe in den gesetzlichen Fällen (Art. 1, Ziffer I.—III.) ohne Rück-

---

1) Motive zu dem Gesetze vom 13. August 1849 (Artikel 1) in den Verhandlungen der Abgeordneten-Kammer von 1849, Beil.-Bd. I. S. 354, Kommissionsbericht ebendaselbst S. 377.

sicht darauf, wie der Beweis der Thäterschaft hergestellt worden sei, erkannt werden solle.

Wohl aber kann dennoch die Sicherheit des Wahrspruches und des Straf-Erkenntnisses unter besondere Gewähren gestellt werden, und solche sind wenigstens dann unentbehrlich, wenn, wie in Württemberg, im Allgemeinen schon Stimmenmehrheit der Geschworenen und Richter zu Verurtheilungen genügt. Hier ist nun aber das Gesetz vom 17. Juni 1853 sehr sparsam. Es läßt zum Wahrspruch der Geschworenen die gewöhnliche Mehrheit von zwei Drittheilen aller Stimmen [1], zum Erkenntniß auf Todesstrafe die einfache absolute Mehrheit der Richter, welche den Schwurgerichtshof bilden, genügen.

Nur in Beziehung auf die Besetzung des Schwurgerichtshofes ist für die auf Todesstrafe lautenden Erkenntnisse eine Ausnahme gemacht, indem zu diesen Erkenntnissen nach Art. 4, Absatz 1 des Gesetzes vom 17. Juni 1853 die Zahl von fünf Schwurrichtern (mit Einschluß des Präsidenten) erfordert wird.

Die Ernennung des vierten und fünften Schwurrichters geschieht nach Maaßgabe des Schwurgerichtsgesetzes Art. 39 Absatz 2, d. h. sie werden, wie der zweite und dritte Richter, von dem Vorstande des Kreisgerichtshofes ernannt, und es ist jedenfalls einer von ihnen aus den Mitgliedern des Kreisgerichtes zu wählen, während der zweite entweder aus der Mitte des Kreisgerichtes oder aus der Zahl der Oberamtsrichter des Kreises genommen werden kann [2]).

Diese Ausnahmebestimmung über die Besetzung des Schwurgerichtshofes kam durch einen Beschluß der Kammer der Abgeordneten in's Gesetz.

1) Gesetz über die Schwurgerichte von 1849, Art. 66.

2) Gesetz vom 17. Juni 1853 Art. 4 Absatz 2.

Dagegen wurde eine weit wichtigere Garantie, welche die Regierung in ihrem Entwurfe vorgeschlagen hatte, im Laufe der ständischen Berathungen aufgegeben, nämlich die Bestimmung, daß zu einem Erkenntniß auf Todesstrafe Stimmeneinhelligkeit des erkennenden Gerichts erfordert werden, und, wenn nur Stimmenmehrheit auf Todesstrafe gehe, an deren Stelle lebenslängliches Zuchthaus treten solle.

Die Kammer der Abgeordneten hatte diesem Vorschlage Anfangs zugestimmt, so daß also nach ihrem so eben erwähnten, die Zahl der Richter erhöhenden Beschlusse Stimmeinhelligkeit von fünf Schwurrichtern gefordert werden sollte; zugleich aber hatte die Kammer jenem Erfordernisse der Stimmeinhelligkeit noch die weitere Folge gegeben, daß wenn ein oder mehrere Schwurrichter von der Irrigkeit des auf „Schuldig" lautenden Wahrspruches der Geschworenen überzeugt seien, gleichfalls nicht Todes-, sondern lebenslängliche Zuchthausstrafe eintreten solle.

Die Kammer gieng nämlich davon aus, daß auf diese weitere Folge schon die Auslegung des Artikels 4 führe und daß durch denselben der Art. 170 des Gesetzes über Schwurgerichte abgeändert werden solle [1]). Diese Ansicht, welche zuerst von dem Abgeordneten Weber aufgestellt und Anfangs auch vom Justizminister getheilt wurde, war nun gewiß durch den Wortlaut des Regierungs-Entwurfes nicht hinreichend begründet; es wird ja auch dadurch, daß das frühere Recht selbst die Stimmenmehrheit der Richter im Allgemeinen bei den Erkenntnissen entscheiden läßt, keineswegs eine Ausnahme vom Art. 170 für die Fälle begründet, in welchen nur die Mehrheit der Richter der Ueberzeugung ist, „daß die Geschwo„renen zwar die Formen beobachtet, aber sich in der Sache

---

1) Protokolle, Band VI. S. 3972, 3973.

„selbst geirrt und den Angeklagten mit Unrecht der That für „schuldig erkannt haben."

Ebenso wenig konnte hieran durch das Erforderniß, daß die Todesurtheile einstimmig beschlossen werden sollen, an sich Etwas geändert werden; vielmehr zeigte sich im Gegentheil alsbald, daß der Beschluß, in welchem die Kammer diese Veränderung aussprechen wollte, geradezu auf einen Widerspruch mit den Folgen des Artikels 170 führe [1]), und aus diesem Grunde erklärte sich die Kammer der Standesherren auf den Antrag ihrer Kommission gegen jenen Vorschlag, welchen auch die Kammer der Abgeordneten schließlich fallen ließ [2]).

Zugleich mit diesem Antrage fielen auch die Vorschläge, welche für die Stimmenzahl beim Erkenntnisse besondere Vorschriften geben wollten, nämlich nicht nur die Bestimmung des Entwurfes, daß zu Todes-Urtheilen Einstimmigkeit der Schwurrichter nöthig sein solle, sondern auch ein an den Art. 350 der Strafproceßordnung anknüpfender Antrag des Abgeordneten Wiest von Saulgau, daß zu jenen Erkenntnissen eine Stimme über die unbedingte Mehrheit des Schwurgerichtshofes, also vier Stimmen erfordert werden sollen.

Ein Antrag des Abgeordneten Fetzer, bei dem Wahrspruch, auf welchen ein Todesurtheil solle gegründet werden können, Einstimmigkeit der Geschworenen zu verlangen, und wenn nur Stimmenmehrheit der Letzteren (d. h. natürlich die

---

1) s. die Erklärung v. Hofacker's in der „schwäbischen Chronik" (zweiten Abtheilung des „schwäbischen Merkurs") von 1853, Nr. 74, S. 529.

2) s. den Bericht der Kommission der Kammer der Standesherren, in den Beilagen zu den Verhandlungen derselben, S. 717—720.
Protokolle derselben Kammer Bd. III. S. 907—908.
Verhandlungen der zweiten Kammer, 1. Beilagen-Band S. 997, 1078—1081, 1090, 1207.
und 6. Band der Protokolle S. 5354—5364.

auch sonst geforderte Mehrheit von zwei Drittheilen oder darüber) auf Schuldigsprechung des Verbrechers gehe, lebenslängliches Zuchthaus an die Stelle der Todesstrafe treten zu lassen, wurde schon bei der ersten Berathung der Abgeordnetenkammer verworfen [1]).

§. 25.

Verkündigung der Todesurtheile. Vorschriften, welche die Anrufung und Ausübung der Gnade betreffen.

Um die Ausübung des Begnadigungsrechtes in den geeigneten Fällen da, wo es sich um hohe Strafen handelt, besonders sicher zu stellen, hatte schon das bisherige Recht ausdrückliche Vorschriften gegeben.

Die Verfassungs-Urkunde §. 97 verpflichtete die Kriminal-Gerichte, in schweren Fällen die Akten sammt dem gerichtlichen Erkenntnisse vor Eröffnung desselben dem Könige durch das K. Justizministerium zum Behuf einer etwaigen Begnadigung vorzulegen. Durch die Strafproceßordnung

---

1) Protokolle, Bd. VI. S. 3967 — 3981. — Eine Minderheit der Kommission hatte überdieß noch den weiteren Antrag gestellt, welcher sich auf den Vorgang des französischen Rechtes stützte:

„daß bei denjenigen Verbrechen, welche mit der Todesstrafe bedroht seien, den Geschworenen die Befugniß einzuräumen sei, ihrem Wahrspruch die Bemerkung, daß mildernde Umstände vorhanden seien, mit der Wirkung beizufügen, daß alsdann der Schwurgerichtshof statt der gesetzlichen Todesstrafe jedenfalls auf die ihr zunächststehende Strafe herabsteigen müße, aber auch auf zeitliche Zuchthausstrafe von 20 Jahren erkennen könne“ (Beilagen-Band I. S. 857).

Dieser Antrag wurde gleichfalls bei der ersten Berathung der Abgeordnetenkammer — mit 46 gegen 33 Stimmen — verworfen (Protokolle Bd. VI. S. 3981); deßgleichen ein Antrag des Abgeordneten Wiest von Saulgau, die Todesstrafe nicht absolut, sondern nur alternativ neben lebenslänglicher Freiheitsstrafe anzudrohen, mit 50 gegen 27 Stimmen (Protokolle a. a. O. S. 3985—3993).

Art. 432 wurde Dieß mit der einzigen Aenderung bestätigt, daß vor der Verkündung nur die Todesurtheile und die Erkenntnisse zweiter Instanz, alle anderen aber nach erlangter Rechtskraft dem Könige zu dem angegebenen Zwecke vorgelegt werden sollten.

Da nun aber nach dem Gesetz über Schwurgerichte alle diejenigen Verbrechen, für welche das Gesetz vom 17. Juni 1853 die Todesstrafe androht, von den Schwurgerichtshöfen abgeurtheilt werden, so wurden für die Todesurtheile, von welchen das Schwurgerichtsgesetz nicht reden konnte, neue Bestimmungen nothwendig.

Das zuletzt genannte Gesetz Art. 190 räumt in allen Fällen, welche von Schwurgerichtshöfen abgeurtheilt werden, denselben das Recht ein, nach Verkündigung des Erkenntnisses aus besonderen Gründen den Angeklagten der Gnade des Königs zu empfehlen, und bestimmt hierüber noch näher, daß diese Empfehlung nicht in das Erkenntniß eingerückt werden, sondern in einem besonderen geheimen, jene Gründe entwickelnden Protokolle, welches nach Vernehmung des Antrages des Staatsanwaltes in dem Berathungszimmer aufzunehmen und von den sämmtlichen Richtern (vergl. Art. 184) zu unterzeichnen sei, geschehen, und daß eine Ausfertigung dieses Protokolles und des Erkenntnisses vom Staatsanwalt sofort an das Justizministerium eingesendet werden solle.

Das Gesetz vom 17. Juni 1853 Artikel 4 Absatz 3, Art. 5 ändert nun die oben angeführte Bestimmung der Verfassungs-Urkunde dahin ab, daß das Erkenntniß in der gewöhnlichen, durch Artikel 182 ff. des Schwurgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise (ohne vorherige Berichterstattung an das Königliche Justizministerium) eröffnet und erst, wenn Dieß geschehen, dem Könige behufs etwaiger Ausübung des Begnadigungsrechtes vorgelegt werden solle. Im

Einzelnen bestimmt sodann der Artikel 5 über das Verfahren Folgendes:

1) Dem Verurtheilten und seinem Vertheidiger steht, wenn die Nichtigkeitsklage gegen das Todes-Urtheil entweder nicht erhoben oder nachdem sie verworfen ist, eine Frist von 3mal 24 Stunden zu, um dem Staatsanwalt oder dem Gerichte, bei welchem der Verurtheilte sich in Haft befindet, die Gründe, welche für die Begnadigung geltend gemacht werden wollen, mitzutheilen; Dieß ist dem Verurtheilten bei der Verkündigung des Erkenntnisses zu eröffnen.

Ueber die Berechnung dieser Frist setzt die Vollziehungs-Verordnung vom 1. Oct. 1853 §. 3 folgende nähere Bestimmungen fest, welche sich übrigens schon aus dem Gesetze selbst in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen über Zeitberechnung ergeben: „die Frist solle

a) wenn auf die Ergreifung der Nichtigkeitsklage innerhalb der gesetzlichen Frist von drei Tagen (Schwurgerichtsgesetz Art. 187) verzichtet worden sei, von der Abgabe dieser Erklärung an —

b) wenn die dreitägige Frist zu Ergreifung der Nichtigkeitsklage unbenützt verstrichen sei, von Ablauf dieser Frist an —

c) wenn die Nichtigkeitsklage durch Erkenntniß des Kassationshofs verworfen oder wenn erst von dem Kassationshof auf Todesstrafe erkannt worden sei, von der Eröffnung des von letzterem gefällten Erkenntnisses an berechnet werden.

Zur Sicherung der Berechnung dient die Vorschrift, daß in dem betreffenden Protokoll die Stunde, zu welcher die Erklärung, beziehungsweise Eröffnung stattgefunden habe, zu bemerken sei (Vollziehungsverordnung §. 3, letzter Absatz).

2) Das Begnadigungsgesuch kann dem Staatsanwalt oder dem Bezirksgerichte schriftlich übergeben oder dem letzteren

zu Protokoll erklärt werden (Vollziehungs-Verordnung §. 4). Ist ein solches Gesuch eingekommen, oder die oben unter Ziffer 1 genannte Frist fruchtlos abgelaufen, so ist das Todesurtheil nebst der Aeußerung des Schwurgerichtshofes darüber, ob Gründe zur Begnadigung vorhanden sind, unverweilt dem Könige, behufs etwaiger Ausübung des Begnadigungsrechtes vorzulegen.

Hiebei verweist das Gesetz vom 17. Juni auf den Art. 190 des Gesetzes über die Schwurgerichte, und es muß also dasselbe Verfahren eintreten, welches nach dem oben S. 159 Bemerkten für alle diejenigen schwurgerichtlichen Fälle vorgeschrieben ist, in welchen der Schwurgerichtshof den Verurtheilten der Königlichen Gnade empfiehlt.

Die Vorlegung der Akten an das Justizministerium liegt nach §. 4, zweitem Absatze der Vollziehungs-Verordnung dem Staatsanwalte ob.

Uebrigens ist die Vorlegung der Todes-Urtheile unbedingt, also auch dann, wenn der Schwurgerichtshof keine solche Empfehlung als begründet erachtet, geboten und insoweit, also gerade in ihrer wesentlichen Verfügung, die angeführte Bestimmung der Verfassungs-Urkunde noch immer in Kraft.

Daß der Aufschub der Eröffnung bei den in erster Instanz ausgesprochenen Todesurtheilen schon in dem Verfahren der Strafproceßordnung zwecklos war, hat Hepp im Neuen Archiv von 1848, S. 169 gezeigt; und ganz dasselbe ist es auch noch in dem heutigen Verfahren, so daß die unwesentliche Abänderung der Verfassung als durchaus gerechtfertigt erscheint.

§. 26.

Eröffnung der Königlichen Entschließung. — Frist bis zur Vollziehung des Todesurtheiles.

Wenn das Todesurtheil zu vollziehen ist, so wird sogleich nach dem Eintreffen der Königlichen Entschließung diese dem Verurtheilten durch den Bezirksrichter am Sitze des erkennenden Gerichts in Gegenwart zweier Gerichtszeugen mit dem Anfügen eröffnet, daß die Vollziehung nach Verfluß von drei Tagen erfolgen werde (Gesetz vom 17. Juni 1853 Art. 5 Absatz 3).

Diese Eröffnung geschieht so, daß der Tag der Vollstreckung auf keinen Sonntag oder Feiertag fällt (Gesetz a. a. O. Abs. 4).

Die Vollziehungs-Verordnung giebt noch folgende nähere, hierher gehörige Vorschriften:

„Ist ein Todesurtheil zu vollziehen, so hat das Justiz„ministerium das Ministerium des Innern behufs der vor„läufigen Benachrichtigung der Kreisregierung und den Staats„anwalt in Kenntniß zu setzen.

„Letzterer hat sofort nach genommener Rücksprache mit „dem Bezirks-Kommandanten des Landjägerkorps dem zustän„digen Bezirksgericht unter genauer Bezeichnung der Zeit, zu „welcher das Todesurtheil zu eröffnen und zu welcher dasselbe „zu vollstrecken ist, die erforderliche Mittheilung zu machen und „den Nachrichter zu unverweiltem Erscheinen vor dem Bezirks„gerichte anzuweisen."

Nimmt man hiebei die Worte „das Todesurtheil eröffnen" in ihrer grammatisch richtigen Bedeutung, so stehen sie mit dem Gesetze selbst, nach welchem das Urtheil schon in der öffentlichen Verhandlung des Schwurgerichtshofes durch den Präsidenten desselben eröffnet werden muß, in Widerspruch;

man müßte daher die in der Verordnung enthaltene Vorschrift, soweit sie die Eröffnung des Erkenntnisses betrifft, unbefolgt lassen, da nach der Verfassungs-Urkunde §. 88 ein Gesetz nicht durch eine bloße, ohne Zustimmung der Stände erlassene Verordnung abgeändert werden kann.

Eine solche Abänderung hat aber auch wohl die Vollziehungs-Verordnung gar nicht beabsichtigt; vielmehr bedient sie sich jener Worte wahrscheinlich in einem ähnlichen ungenauen Sinne, in welchem der gemeine Sprachgebrauch die Verweigerung der Begnadigung „Bestätigung des Todesurtheiles" nennt, so daß nicht die Eröffnung des gerichtlichen Erkenntnisses, sondern die der Königlichen Entschließung, derzufolge das Todesurtheil zu vollziehen ist, bezeichnet werden sollte.

Allein faßt man die Worte in dieser Weise auf, so darf doch das Bezirksgericht die Weisung des Staatsanwaltes nur dann befolgen, wenn sie den Bestimmungen des Gesetzes gemäß ist, d. h. wenn sie dahin geht, die Entschließung sogleich nach dem Eintreffen derselben, beziehungsweise so zu eröffnen, daß die Vollstreckung des Urtheils nicht an einem Sonn- oder Feiertage geschieht [1]).

Unter den Feiertagen sind hier nicht bloß die durch Verordnung vom 28. Juni 1849 festgesetzten allgemeinen bürgerlichen Feiertage, sondern alle diejenigen Tage begriffen, welche von der evangelischen oder katholischen Kirche als Fest- oder

1) Die K. sächsische Strafproceßordnung von 1855 enthält folgende, ähnliche Bestimmungen:

„Ein Todesurtheil ist nicht eher zu vollstrecken, als bis dem Unter-„suchungsrichter amtlich eröffnet worden ist, daß der König von seinem „Begnadigungsrechte keinen Gebrauch gemacht habe" (Art. 425).

„An Sonn- und Feiertagen, sowie während der Charwoche soll ein „Todesurtheil nicht vollstreckt werden" (Art. 426 letzter Absatz).

Feiertage begangen werden (§. 6, Absatz 4 der Vollziehungs-Verordung).

Dieser näheren Bestimmung wird man in der That als einer richtigen Auslegung des Gesetzes beitreten können, wenn man den leicht zu vermuthenden Grund des letzteren in's Auge faßt; übrigens wird es dem Sinne und den Worten des Gesetzes gemäß sein, auch das Glaubensbekenntniß des Verurtheilten zu beachten, und deßhalb Niemanden an einem solchen Tage hinrichten zu lassen, auf welchen nach den Vorschriften seiner Religion ein Feiertag fällt. Dieß wird namentlich den Israeliten gegenüber, welche in manchen Gegenden einen namhaften Theil der Bevölkerung bilden, wohl zu beachten sein.

Die erstmalige Eröffnung der Königlichen Entschließung, welche die Begnadigung ablehnt („die Vollziehung des ergangenen Todesurtheils verfügt" — heißt es nicht ganz genau), geschieht in dem Gefängnisse des Verurtheilten.

In dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll soll darüber, wie der Verurtheilte bei der Eröffnung sich benommen und was er hiebei etwa geäußert hat, das Erforderliche bemerkt werden (Vollziehungs-Verordnung §. 7).

Während der drei Tage, welche zwischen der Eröffnung der Königlichen Entschließung und zwischen der Vollstreckung des Todesurtheiles liegen, soll der Verurtheilte unter hinreichender Bewachung in leichterer Gefangenschaft gehalten, jedoch der Zugang zu demselben nur dem Geistlichen seines Glaubensbekenntnisses, seinen Angehörigen und solchen Personen gestattet werden, die er selbst noch zu sprechen wünscht.

(Gesetz Art. 5, letzter Absatz.)

Die näheren Anweisungen hierüber giebt die Vollziehungs-Verordnung in Folgendem:

§. 8. „Während der letzten drei Tage (Gesetz Art. 5)

ist der Verurtheilte in einem hellen und geräumigen Arrestzimmer, wo möglich ungefesselt, zu verwahren. Auch ist ihm eine bessere, als die gewöhnliche Gefangenenkost, abzureichen.

„Die Bewachung des Verurtheilten während dieser Zeit geschieht durch Landjäger."

„§. 9. Bei der Wahl des Geistlichen, welcher den Verurtheilten in den letzten drei Tagen zu besuchen und der Vorlesung und Vollstreckung des Todesurtheils anzuwohnen hat, sind die Wünsche des Verurtheilten nach Thunlichkeit zu berücksichtigen.

„Die Berufung des Geistlichen erfolgt durch eine von dem Gerichtsvorstand an das betreffende Dekanat-Amt zu richtende Requisition.

„Nach Umständen kann auch ein zweiter Geistlicher beigezogen oder zugelassen werden."

„§. 10. Der Geistliche ist, damit seine Zulassung jederzeit ungehindert stattfinde, dem Wachpersonal bekannt zu machen.

„Anderen Personen, welchen nach dem Gesetz der Zugang zu dem Verurtheilten zu gestatten ist, hat der Gerichtsvorstand einen dem Wachpersonal vorzuzeigenden Erlaubnißschein auszustellen."

§. 27.

Vollstreckung des Todesurtheiles.

Die Vollziehung der Todesstrafe geschieht durch Enthauptung mittelst des Fallbeiles.

(Gesetz Art. 8, Vollziehungs-Verordnung §. 1).

Das Gesetz hatte die Wahl des Werkzeuges unbestimmt gelassen und nur (wie schon das Strafgesetzbuch) so Viel vorgeschrieben, daß die Hinrichtung durch Enthauptung geschehe (Art. 8); allein in den Verhandlungen

der Kammer der Abgeordneten hatte der Justizminister auf's Bestimmteste angedeutet, daß die Regierung, falls ihr die Bestimmung des Werkzeuges überlassen bleibe, das Fallbeil wählen werde [1]), und wohl nur hierauf wurde der Antrag der Kommission, das Fallbeil ausdrücklich im Gesetze zu nennen, abgelehnt, obwohl die überwiegende Mehrheit der Kammer-Mitglieder, welche sich über diesen Gegenstand aussprachen, in der Sache selbst für das Fallbeil gestimmt war.

In der That waren auch die Gründe, welche bei der ständischen Berathung gegen das Fallbeil vorgebracht wurden, eben nur die bekannten, schwachen, welche schon so oft bei anderen Veranlassungen gehört worden sind [2]).

Zwar wurden die in der französischen Revolution mit der Guillotine verübten Gräuelthaten, wegen deren seiner Zeit die bairischen Staatsräthe gegen Feuerbach's Antrag, dieses Werkzeug einzuführen, gestimmt hatten [3]), nicht wieder vorgebracht; allein im Hintergrunde mögen sie eben doch gestanden sein: denn die Gründe, welche geltend gemacht wurden, konnten unmöglich genügen, die Wahl zu entscheiden. So wollte z. B. die Minderheit der Kommission wegen des Instrumentes darum Nichts bestimmt haben, weil auch das Fallbeil keine völlige Sicherheit verbürge, und hiezu bemerkte der Abgeordnete v. Teuffel noch weiter:

Während bei der Hinrichtung durch das Fallbeil der Verurtheilte in entwürdigender Weise einem Sacke gleich auf ein Brett gebunden und unter die Maschine geschoben werde, habe

---

1) Protokolle der Kammer der Abgeordneten von 1838, Band VI., S. 4015.

2) s. hierüber, sowie über die Vollziehungs-Arten überhaupt, Gross, im Gerichtssaale von 1853, Band II. S. 300—318.

3) s. „Feuerbach's Leben und Wirken", Leipzig 1852, Theil I. S. 236 Anm.

das Schwert bei den Griechen, Römern und Deutschen stets als die am Wenigsten schimpfliche Todesart gegolten, weil hier der Verurtheilte durch die Hand des Mitbürgers falle. Um so weniger liege daher Grund vor, die welsche Falle sich zu eigen zu machen, wie man die Guillotine auch schon genannt habe [1]).

Eine andere wichtige Frage, welche bei der ständischen Berathung zur Sprache kam, war die, ob und inwieweit die Hinrichtung öffentlich zu geschehen habe [2]).

Im Gesetze ist Dieß dahin entschieden, daß die Hinrichtung innerhalb eines geschlossenen Hofraumes vollzogen werden solle, und der Zutritt in diesen Raum dem Vertheidiger, den Verwandten des Verurtheilten, und, soweit es thunlich, auch anderen achtbaren Männern zu gestatten sei (Art. 8).

Der Tag und die Stunde der Hinrichtung sind im Gerichtsbezirke öffentlich bekannt zu machen [3]), was der Staatsanwalt vermittelst des Bezirksgerichtes zu bewerkstelligen hat [4]).

Die Vollstreckung des Todesurtheils erfolgt am Orte des Schwurgerichtshofes.

Ihre Leitung liegt dem Bezirksrichter (d. h. dermalen dem Oberamtsrichter) und dem Bezirkspolizeibeamten (d. h. gegenwärtig dem Oberamtmann des betreffenden Bezirkes) gemeinschaftlich ob.

Am Tage der Hinrichtung, welcher unter Angabe der Stunde der Vollstreckung in dem Gerichtsbezirke öffentlich bekannt zu machen ist, wird dem Verurtheilten durch den

---

1) Beilagen zu den Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1853, Band I. S. 863.

2) Verhandlungen der Abgeordnetenkammer, Beilagen-Bd. I. S. 858—859, S. 1081—1082; Protokolle, Bd. VI. S. 4001—4014, 5366.

3) Gesetz Art. 7 Absatz 1.

4) Vollziehungs-Verordnung §. 6 Absatz 3.

Bezirksrichter das Todesurtheil nochmals vorgelesen und sofort die Hinrichtung in Vollzug gesetzt.

Der Vorlesung des Todesurtheils und der Vollziehung der Hinrichtung haben, außer den in Art. 6 genannten Personen, sämmtliche Mitglieder des Bezirksgerichts, der Bezirkskommandant des Landjägerkorps, der Gerichtsarzt und ein Geistlicher des Glaubensbekenntnisses des Verurtheilten anzuwohnen [1]).

Der Akt ist mit einer einleitenden Rede durch den Gerichtsvorstand zu eröffnen, worauf der Gerichtsaktuar das Todesurtheil und die auf solches ergangene Königliche Entschließung zu verlesen hat.

Sofort erheben sich alle Anwesenden; der Gerichtsvorstand ergreift einen schwarzen Stab, zerbricht denselben und wirft ihn vor die Füße des Verurtheilten mit den Worten:

„Euer Leben ist verwirkt;
„Gott sei Eurer Seele gnädig!"

Nun wendet er sich zu dem anwesenden Nachrichter und spricht:

---

1) Vergl. Art. 426 der Königl. sächsischen Strafproceßordnung vom 11. Aug. 1855: „die Vollstreckung der Hinrichtung erfolgt in einem um schlossenen Raume in Gegenwart einer Gerichtskommission, welche wenigstens aus drei Mitgliedern des Gerichts und einem Protokollführer bestehen muß, und eines Mitgliedes der Staatsanwaltschaft, sowie eines Seelsorgers von dem religiösen Bekenntniß des Verurtheilten, dafern ein solcher im Inlande zu erlangen ist."

„Der Vorstand und die Mitglieder der Gemeindebehörde, sowie die „Gemeindevertreter des Orts, wo die Vollstreckung stattfindet, sind von „dem Orte und der Stunde der Vollstreckung, um derselben beiwohnen zu „können, durch den Untersuchungsrichter in Kenntniß zu setzen."

„Außerdem ist den übrigen richterlichen Beamten und Mitgliedern „der Staatsanwaltschaft, dem Vertheidiger und den nächsten Verwandten „des Verurtheilten, und, soweit es der Raum zuläßt, anderen erwachsenen „Personen die Gegenwart bei der Hinrichtung zu gestatten."

S. auch württemb. Vollziehungs-Verordnung §. 11.

„Nachrichter, ich übergebe Euch den N. N. mit dem Be„fehl, ihn dem ausgesprochenen Urtheil gemäß zu richten vom „Leben zum Tod." (Verordnung §. 12.)

Nachdem hierauf der Geistliche mit dem Verurtheilten noch ein kurzes Gebet verrichtet hat, führen auf ein von dem Gerichtsvorstande zu gebendes Zeichen die Gehülfen des Nachrichters den Verurtheilten auf das Schaffot, und ist ohne Aufenthalt durch den Nachrichter unter Beistand seiner Gehülfen die Enthauptung vorzunehmen.

Will der Verurtheilte vor der Vollstreckung noch eine Erklärung abgeben, so ist ihm Solches zu gestatten [1]).

Ist die Todesstrafe an Mehreren zu vollstrecken, so ist die Veranstaltung zu treffen, daß Keiner die Hinrichtung des Andern sehen kann [2]).

In der Zeit von der Vorlesung des Todesurtheils bis zu dessen Vollstreckung, beide Akte einschließlich, wird eine Glocke geläutet („findet das Läuten mit einer Glocke Statt" — sagt das Gesetz a. a. O. in Abs. 3).

Nach Beseitigung des Leichnams wird der Akt mit einem kurzen Gebet, welches der Geistliche spricht, geschlossen [3]).

Ueber den ganzen Akt wird ein kurzes Protokoll verfaßt, welches von dem Bezirksrichter, dem Bezirkspolizeibeamten und dem Gerichtsaktuar unterzeichnet und in dem für amtliche Bekanntmachungen bestimmten öffentlichen Blatt abgedruckt wird [4]).

Dieses Protokoll hat eine kurze Beschreibung des Hergangs sowohl bei der Verkündigung des Urtheils (§. 12), als bei der Hinrichtung selbst, und die etwa von dem Verurtheilten

---

1) Verordnung §. 13 Absatz 1 und 2.

2) Gesetz Art. 8, Absatz 2.

3) Verordnung §. 13, letzter Absatz.

4) Gesetz Art. 8, letzter Absatz.

abgegebene Erklärung (§. 13) zu enthalten, und muß vom Bezirksgericht mit dem Protokoll über die erstmalige Eröffnung der Königlichen Entschließung unverweilt mit Bericht dem Justizministerium vorgelegt werden.

Auch ist der Staatsanwalt von der Vollstreckung des Todesurtheils durch das Bezirksgericht sofort zu benachrichtigen [1]).

Die transitorische Bestimmung, welche das Gesetz vom 17. Juni 1853 in seinem letzten Artikel (13) enthält, werde ich bei Gelegenheit einer der späteren Abhandlungen erörtern.

§. 28.

Nachtrag.

Als die vorstehende Abhandlung sich bereits unter der Presse befand, ist mir noch die neueste Schrift, in welcher sich eine Ausführung über die Todesstrafe findet,

„**Das Verhältniß der heutigen Strafgesetzgebung zum**
„**Christenthum.** Studien von L. Trummer, Dr.
„Frankfurt a. M. Verlag von Heinrich Ludwig
„Brönner. 1856"

zugekommen. Diese Schrift erörtert und widerlegt auf S. 16—32 die theologischen Beweisführungen, welche — namentlich wegen 1 Mos. 9, 6 und Römer 13, 4 die Todesstrafe als von der christlichen Religion geboten darstellen, und erklärt sich gegen diese Strafart aus den zwei Gründen, daß

1) die wesentlich im Christenthum ruhende Idee der distributiven Gerechtigkeit jede absolute Strafe ausschließe (S. 25), weil durch eine solche nicht das ausgleichende Verhältniß zwischen den verschiedenen Kriminalverbrechen in der Anwendung ermöglicht werde (S. 25, 30) — und daß

---

1) Verordnung §. 15, erster und zweiter Absatz.

2) der bisherige geschichtliche Verlauf nicht anders aufgefaßt werden könne, wie als der Ausdruck des göttlichen Willens, das Strafrecht des Staates von Gottes Gnaden in seinen Mitteln zu beschränken und von diesen die Lebensentziehung auszuschließen (S. 30—32).

Allein der erste dieser beiden Gründe ist nichts Anderes, als eine theologische Wendung des schon oft gehörten und widerlegten Satzes, daß absolut bestimmte Strafen überhaupt verwerflich seien, und dem zweiten Grunde kann entgegengehalten werden, daß die bisherige Beschränkung, welche das Gebiet der Todesstrafe in den Gesetzen und in der allgemeinen Meinung erlitten hat, ihre Beseitigung in solchen Fällen, in welchen sie der veränderten Zeit-Ansicht als grausam und entbehrlich erscheinen mußte, noch nicht beweist, daß jene Strafe auch da, wo sie zur Erhaltung des Rechts nothwendig ist und von der öffentlichen Meinung gefordert wird, unzulässig sein solle.

Vielmehr führt die Grundanschauung selbst, von welcher Trummer ausgeht, die Ableitung des Strafrechtes aus göttlichem Auftrage, geradezu auf das Gegentheil, wie Dieß der Kommissionsbericht der württembergischen ersten Kammer [1]) über das Gesetz vom 17. Juni 1853 mit den Worten ausgesprochen hat:

„wir glauben, daß die Berechtigung zu strafen auf der „in dem göttlichen Rechte begründeten Pflicht der Obrigkeit „beruhe, die Rechtsordnung im Staate zu erhalten und durch „die Sühnung der Verletzung des Gesetzes, d. h. durch die „Abbüßung der Schuld des Verbrechers das Recht zum lebendigen Bewußtsein des Volkes zu bringen."

1) Verhandlungen der württembergischen Kammer der Standesherren von 1851—53, III. Beil.-Heft S. 710—711. — Der Berichterstatter dieser Kammer war Obertribunalpräsident v. Harpprecht.

Folgerichtig macht denn diese Kommission die Frage, ob der Gesetzgeber die Todesstrafe androhen solle, von der Volksansicht über die Nothwendigkeit derselben abhängig [1]).

Diese Anführung aus den württembergischen Ständeverhandlungen mag zugleich zur Widerlegung von Trummer's Behauptung dienen, daß die Wiedereinführung der Todesstrafe in Württemberg aus Motiven erfolgt sei, welche dem Christenthum entfernt liegen (a. a. O. S. 29 u.).

Endlich ist Trummer's Satz, daß wir in Deutschland nicht ein einziges Kriminalgesetzbuch haben, welches nicht jenes Strafmittel beibehalten hätte (S. 17), in Beziehung auf das thüringen'sche Strafgesetzbuch nur insofern richtig, als dasselbe die Todesstrafe ausnahmsweise, in den Fällen des Kriegsrechtes, noch zuläßt [2]).

1) Es ist schon oben, S. 25 bemerkt worden, daß die Volksansicht in dieser Frage stets auf dasselbe Ergebniß führen werde, auf welches man gelangt, wenn man die Untersuchung der Frage, ob die Todesstrafe Verhinderung der Verbrechen bewirke und hiezu nothwendig sei, als Ausgangspunkt zu Grunde legt. Hiemit stimmt auch Möller, Kritik des Strafmaaßes S. 50 überein. —

Die oben erwähnte Kommission der württembergischen ersten Kammer erörtert erst in zweiter Linie die Frage, ob jene Strafart geeignet sei, von Verbrechen abzuhalten und bemerkt hiebei u. A. in Uebereinstimmung mit der Staatsregierung (s. o. S. 57 — 58), daß in Württemberg seit Aufhebung der Todesstrafe die Zahl der todeswürdigen Verbrechen auf eine früher nie gekannte Höhe gestiegen, und daß namentlich in dem zweiten Halbjahre 1852 von den Geschworenen in nicht weniger als 12 Anklagesachen wegen Mordes ein „Schuldig" ausgesprochen worden sei. — Vgl. in dieser Beziehung das oben S. 48—56, 69—72 Ausgeführte.

2) Allerdings aber wird die Todesstrafe wohl bald auch in allen Ländern des thüringen'schen Staatenkreises wieder als ordentliche Kriminalstrafe bestehen, da sich in einer jüngst abgehaltenen Konferenz die Regierungen von Sachsen-Weimar, Sachsen-Koburg und der beiden Schwarzburg auf einen Gesetzesentwurf über die Wiedereinführung jener Strafart geeinigt haben (Allg. Ztg. v. 4. Jan. 1856, Beilage S. 60).

II.

Bemerkungen über die Grundansichten des römischen und deutschen Rechtes von der Nothwehr, insbesondere über das Verhältniß der letztern zur Selbsthülfe im Allgemeinen.

§. 1.

Nothwehr ist die mit einer Verletzung des Angreifers verbundene Selbstvertheidigung gegen einen dringenden, rechtswidrigen Angriff.

Sie fällt unter den weitern Begriff der Selbsthülfe und bildet die wichtigste Ausnahme von dem uns h. z. T. geläufigen Verbote aller derjenigen Selbsthülfe, welche mit der Verletzung eines Andern, mit einem Eingriff in dessen Rechtsgebiet verbunden ist.

Allein dieses letztere Verbot, welches sich als Regel in jedem vollständig ausgebildeten Gemeinwesen mit unwiderstehlicher Nothwendigkeit geltend macht, ruht eben nur auf der Grundlage einer fortgeschrittenen Rechtsentwicklung, und es lassen sich ganz wohl Zustände denken, in welchen das Recht selbst in der weit überwiegenden Mehrzahl der gegebenen Fälle von Widerstreit und Verletzungen nicht durch die Staatsgewalt, sondern durch die Thätigkeit der Einzelnen als Solcher verwirklicht wird, und zwar auch alsdann, wenn diese Verwirklichung nur mittelst Gewalt gegen den Widerstrebenden geschehen kann.

Ueberall, wo es Menschen gibt, lebt in den Einzelnen das Gefühl und das (wenn auch nicht immer deutliche) Bewußtsein einer allgemeingültigen rechtlichen Ordnung, welcher sich zu fügen Jeder — selbst auf die Gefahr seiner Verletzung hin — gezwungen werden darf: und wo für die Handhabung des Rechtes nicht durch ausdrücklich hiezu geschaffene, äußerlich geordnete Anstalten gesorgt ist, da wird sich jenes Gefühl und Bewußtsein um so gewisser dadurch geltend machen, daß es gegen ungerechte Angriffe die Hand der Einzelnen bewehrt und leitet, daß es zum Schutze des Bedrohten, zur Rache für den Beleidigten zunächst die Nachbarn und Stammesgenossen, nöthigenfalls aber das ganze Volk in einer Uebermacht aufruft, welche die Möglichkeit jedes dauernden Widerstandes gegen die von der übereinstimmenden Geistesrichtung Aller geforderte Ordnung ausschließt. Selbst an einer objektiven äußern Erkenntnißquelle für diese Ordnung wird es niemals fehlen, da die dem Geiste des Volkes entsprechende Gestaltung der äußeren Lebensverhältnisse sich hier stets von selbst in der Gewohnheit vollzogen haben wird. Eine eigentlich gesetzgebende, mit Bewußtsein Rechtsnormen schaffende Gewalt freilich wird auf dieser Stufe der Entwicklung wohl noch gar nicht oder doch nur in äußerst dürftigen Anfängen thätig sein: so wenig uns aber Dieß hindert, von Recht, Rechtssätzen und Rechtsanstalten zu reden, ebensowenig steht der Mangel einer in den gegenseitigen Verhältnissen der Volksgenossen das Recht vollziehenden Staatsthätigkeit im Wege, wenn wir dessen ungeachtet auch für die Urzustände der Völker eine wahre Verwirklichung des Rechts annehmen[1]). Wir haben es hier nicht mit einem sogenannten Naturzustande, nicht mit einem bellum omnium contra omnes zu

1) Ihering, Geist des röm. Rechts I. S. 116 ff., S. 196 ff.

thun, wie sie sich die Rechtsphilosophie einer jetzt vergangenen Zeit ausdachte; vielmehr verhält sich in jenen Anfangszuständen die Selbsthülfe zur vollziehenden Staatsgewalt ähnlich, wie sich das Gewohnheitsrecht immer und überall zur gesetzgebenden verhält. In Selbsthülfe und Gewohnheitsrecht kommt der rechtliche Volkswille zu einer materiell ebenso berechtigten Geltung, wie durch die Thätigkeit jener Staatsgewalten; aber die Art und Weise, wie er zu dieser Geltung kommt, steht auf einer niedrigern Stufe der Entwicklung, indem hier dem Wesen des Rechts nicht auch zugleich die vollendete Form seiner äußern Erscheinung — sei es als bewußt ausgesprochene Norm, sei es als Anordnung des einzelnen Verhältnisses — entspricht. Und wie durch das Schwanken, durch die Unbestimmtheit der Gewohnheit die richtige, deutliche Erkenntniß des objektiven Rechts — ebenso, und noch weit mehr wird bei dem Mangel einer geordneten, unparteiischen Vollziehungsgewalt die rechtliche Gestaltung des einzelnen Verhältnisses, die Verwirklichung der subjektiven Rechte gefährdet sein: denn die Entscheidung hängt ja dann stets von dem zufälligen Ausgange eines Kampfes und häufig von der Thätigkeit derjenigen ab, deren Urtheil und Wille gar leicht durch ihr eigenes Betheiligtsein an der Sache getrübt ist.

So führt denn das Bedürfniß ebenmäßig auf ausdrückliche Einigungen einerseits über das, was objektives Recht sein, andererseits über die Art und Weise, in welcher dieses objektive Recht — und zwar jetzt unter dem Einflusse der Gesammtheit — auf den einzelnen Fall angewendet werden solle; und wie in ersterer Hinsicht die ältesten Gesetze stets nur niedergeschriebenes Gewohnheitsrecht sind, so wird die das Recht vollstreckende Thätigkeit sich zunächst an das System der Selbsthülfe anschließen, und, was Verbrechen

insbesondere betrifft, sich in den meisten Beziehungen darauf beschränken, über die Zulässigkeit der Selbsthülfe im einzelnen Falle zu urtheilen, also darüber zu entscheiden, ob der Verbrecher der Rache des Verletzten preisgegeben, mithin des Rechtsschutzes beraubt, aus dem Frieden gesetzt sein solle.

So weist die Friedlosigkeit, welche uns als Grundlage des Criminalrechtes in den ältesten nordischen Quellen entgegentritt, auf ein System der Selbsthülfe zurück, welches in noch weiterem Umfange, so unverkennbar auch seine Spuren in die geschichtliche Zeit hereinragen, doch nur vor aller Geschichte bei den Vorfahren der Germanen, Griechen und Römer gegolten haben kann. Was namentlich die Letzteren betrifft, so ist es das Verdienst Ihering's, die einzelnen Lichtstrahlen, welche die Geschichte in eine entlegene Vorzeit zurückwirft, gesammelt nnd durch ihre Vereinigung in einem Brennpunkte das Dunkel hier ganz erhellt, dort wenigstens in Dämmerlicht verwandelt zu haben. Doch waren ihm gerade in Beziehung auf den Gegenstand, welcher uns hier allein beschäftigt, die Behandlung der Verbrechen in der Urzeit, mit entscheidendem Erfolge Abegg und Köstlin vorangegangen. Für das germanische Recht aber hatte Wilda durch Aufschließung und Verarbeitung der alt-nordischen Quellen ein umfassendes Bild der alterthümlichsten Zustände aus den geschichtlichen Nachrichten selbst unmittelbar aufgezeigt. Letzteres aber mußte um so wichtiger sein, als es gestattet, aus gleichen Erscheinungen der spätern Zeit auf denselben vorangegangenen Zustand auch bei andern Völkern zu schließen.

§. 2.

Das System der Selbsthülfe mußte sich gegen Verbrechen in den beiderlei Thätigkeiten äußern, durch welche

gegenüber denselben die Herrschaft des Rechtes immer und überall behauptet wird: in dem Schutze des bedrohten und in dem Nehmen der Sühne für das verletzte Recht. So erscheint denn, wo diese beiderlei Thätigkeiten den Einzelnen anheimgegeben waren, die letztere als Rache, die erstere als eigenmächtige Selbstvertheidigung.

Eben deßwegen aber, weil beide ohne besondere Beschränkungen als rechtmäßig galten und ausgeübt wurden, war keine dringende Veranlassung vorhanden, die eine von der andern zu unterscheiden, und noch viel weniger, diejenigen Fälle der Selbstvertheidigung, in welchen die Gränzen derselben genau eingehalten waren, welche mithin h. z. T. unter den Begriff der Nothwehr gestellt würden, besonders hervorzuheben und auszuzeichnen. Dasselbe aber war es in späterer Zeit bei denjenigen Verhältnissen, für welche sich — jetzt nur noch als Ausnahme — jenes umfassende Recht der Selbsthülfe mit der Beschränkung erhalten hatte, daß über die rechtliche Zulässigkeit der Privatgewalt — sei es vor oder nach ihrer Ausübung — im einzelnen Falle unter allen Umständen das Organ des Staates, das Gericht, entschied.

So gestattete das alterthümlichste germanische Recht die Ueberwältigung (das Binden) und die Tödtung aller schwereren Verbrecher ohne Unterscheidung — mithin zum Schutz und zur Rache: aber wo eine solche Gewalthandlung straflos sein sollte, mußte Dieß durch ein vorangegangenes oder nachfolgendes richterliches Erkenntniß ausgesprochen, mußte die Rechtmäßigkeit der geübten Eigenmacht durch ein Urtheil der Volksgemeinde anerkannt sein.

Beides steht mit der gesammten alt-germanischen Auffassung des Verbrechens im engsten Zusammenhange. Das Verbrechen war ursprünglich Friedensbruch, seine Folge Friedlosigkeit, d. h. Aufhebung des Friedens zwischen

dem Verbrecher und den Uebrigen, und ebendamit für den Erstern Entziehung alles Rechtsschutzes. Die Beobachtung der Pflicht Frieden zu halten und insbesondere alle gewaltthätigen Störungen gegenseitig zu unterlassen, ist unter den Volksgenossen so sehr die Bedingung des ganzen Rechtszustandes, daß zwischen demjenigen, welcher jener Verpflichtung durch ein schwereres Verbrechen zuwiderhandelt, einerseits und allen Uebrigen auf der anderen Seite der Friede selbst und mit ihm alles Rechtsverhältniß durch die Verletzung aufgehoben ist [1]). Der Uebertreter ist also der Gewalt des Bedrohten oder Verletzten, seiner Genossen und aller Anderen, welche ihm beispringen wollen, preisgegeben, und Dieß ist unmittelbare Folge des Verbrechens, nicht nothwendig durch ein vorangegangenes Erkenntniß bedingt.

Allein eben weil Gewalt nur gegenüber dem Friedebrecher gestattet und in allen anderen Fällen die vorsätzliche Verletzung eines Menschen regelmäßig Friedensbruch ist, steht der Volksgemeinde, deren eigenthümliche Aufgabe die Wahrung des Friedens ist, das ausschließliche Recht zu, darüber zu erkennen, ob eine bestimmte geschehene Verletzung durch einen vorangegangenen Friedensbruch begründet und ebendamit rechtmäßig war oder nicht.

Diese Entscheidung der Volksgemeinde kann nun der Ausübung der Selbsthülfe entweder vorausgehen oder nachfolgen. Der erstere Weg war der gewöhnlichere und sicherere; er findet sich in allen germanischen Rechtsquellen und steht demjenigen gerichtlichen Verfahren, wie wir es uns so leicht als das einzige denken, am Nächsten. Der durch das Verbrechen Ver-

1) Kaum der Bemerkung wird bedürfen, daß hiemit das schon der ältesten geschichtlichen Zeit zuzuschreibende Vorkommen einzelner öffentlicher Strafen nicht im Widerspruche steht.

letzte oder ein zu seiner rechtlichen Vertretung Befugter tritt hier zunächst beim Gerichte klagend auf, erwirkt den Ausspruch desselben, durch welchen der Verbrecher friedlos gelegt, also der Selbsthülfe preisgegeben wird, und schreitet jetzt erst zur Gewalt, welche durch das ergangene Urtheil zum Voraus gerechtfertigt ist.

Allein dieses Verfahren war in alter Zeit nicht das einzige; vielmehr konnte sowohl nach dem nordischen, als (wie der Sachsenspiegel I. 64, II. 14 §. 2 a. E. und Schwabensp. I. 79 b. Laßb. zeigt) nach deutschem Rechte des Mittelalters gegen den Friedebrecher die rechtliche Folge seiner That auch sofort eigenmächtig vollstreckt werden, so daß dann erst durch nachfolgenden Richterspruch über die Rechtmäßigkeit seiner Verletzung (insbesondere Tödtung) erkannt wurde. Insoferne, als hier der Verletzte oder Bedrohte zunächst auf eigene Faust und eigene Gefahr handelt und die Rechtmäßigkeit dieses Handelns dann erst nachträglich von der öffentlichen Gewalt in ordentlichem Gange Rechtens geprüft wird, stimmt dieses Verfahren mit unserem heutigem, wie es bei straflosen Verletzungen, z. B. bei Fällen der Nothwehr, Statt findet, überein; aber verschieden ist es von letzterem darin, daß der Thäter, um das öffentliche Anerkenntniß seiner Straflosigkeit zu erlangen, die Entscheidung des Gerichtes selbst als Kläger anrufen muß, indem er auf den Ausspruch anträgt, welcher eine nachfolgende Friedloserklärung seines getödteten oder sonst verletzten Gegners in sich schließt (nach dem Schwbspgl. sogar auf Vollstreckung der Strafe am Leichname geht). Das Erforderniß dieser Form hat also keineswegs (wie allerdings andere, für Straflosigkeit von Tödtungen aufgestellte Erfordernisse wenigstens zum Theil — s. u.) die Rücksicht auf den Beweis zur Grundlage; ja, diese gewissermaaßen rechtspolitische Rücksicht hätte für sich allein

selbst in den Volksrechten der deutschen Stämme und überhaupt im frühern Mittelalter gewiß nicht zur Aufstellung solcher Erfordernisse führen können, da in dem formellen, deutschrechtlichen Beweissysteme der Beweis auch in solchen Fällen, in welchen er bei uns wegen Mangels an Zeugen u. s. w. häufig nicht erbracht werden kann, gar keinen besonderen Schwierigkeiten unterlag: denn da, wo wir, nach materieller Wahrheit strebend, unserer Entscheidung ein „nicht erwiesen" zu Grunde legen oder uns (zu Gunsten der Vertheidigung) mit bloßer sog. Wahrscheinlichkeit begnügen müßen, konnten unsere Voreltern durch Eid oder Gottesurtheil, insbesondere gerichtlichen Zweikampf, die Sache ebenso gut entscheiden, wie in allen anderen Fällen: wurden ja doch diejenigen Beweismittel, welche materielle Gewißheit zu liefern geeignet sind, auch da, wo sie zu Gebote standen, meist entweder gar nicht oder doch nur in untergeordneterer Bedeutung benützt!

Noch viel weniger aber dürfte man in jener Verpflichtung zum Klagen einen Beweis für die von Zöpfl behauptete, beschränkte Auffassung der Nothwehr im germanischen Rechte (s. u.) suchen; vielmehr war jene Pflicht nicht einmal der Nothwehr eigenthümlich, sondern etwas ganz Allgemeines, bei der Ausübung jeder Selbsthülfe gegen einen Friedebrecher Geltendes, ein Ausfluß des Grundsatzes, daß der Einzelne, obwohl zur Gewalt wider den Friedebrecher befugt, dennoch stets verpflichtet sei, die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Strafwürdigkeit jeder einem Andern zugefügten Verletzung dem Urtheile des Gerichtes zu unterstellen.

§. 3.

Bei der allgemeinen Berechtigung zur Verletzung, insbesondere Tödtung des Friedebrechers lag für das alte Recht

kein Grund vor, gegenüber den anderen Fällen dieser Art den Begriff der Nothwehr besonders auszuheben. Nicht weil man das rechtliche Wesen derselben verkannt hätte, sondern weil man die Selbsthülfe weit über den Umfang der Nothwehr hinaus zuließ, sind über die rechtliche Beurtheilung der letztern in den ältesten Quellen keine besonderen Sätze aufgestellt. Die Nothwehr, wie die Verletzung und Tödtung des Friedebrechers überhaupt, fand im germanischen Rechte sogar eine günstigere Beurtheilung, als diejenige, welche bei rein zufälligen Verletzungen eintrat: denn für die letzteren findet sich in germanischen Rechtsquellen vielfach die Pflicht zur Erlegung einer Buße (wenn gleich nie des Friedensgeldes) aufgestellt [1]), während an vorsätzliche Verletzung und Tödtung des Friedebrechers, insbesondere an Ausübung der Nothwehr, keine solche Folge geknüpft ist (abgesehen von einzelnen späteren, unten zu besprechenden Stellen). Aus dieser Vergleichung ergibt sich nun doch wohl die volle, unumwundene Anerkennung der Nothwehr auch für das alte deutsche Recht, und die gänzliche Grundlosigkeit von Beschränkungen, wie sie namentlich Zöpfl und nach seinem Vorgang andere Neuere in Beziehung auf dasselbe behaupten.

Am Reinsten treten die Grundzüge des altgermanischen Rechtes in den zuerst von Wilda vollständig benützten nordischen Quellen hervor, welche Rache und Nothwehr unter der allgemeinen Befugniß zur Verletzung des Friedebrechers begreifen und sich für dieses umfassende Recht auch ebenso allgemeiner Formeln bedienen, indem sie vom Friedebrecher — in Beziehung sowohl auf Rache, als auf Nothwehr — sagen:

---

1) s. Köstlin's System S. 131—132, und die dort S. 131 in Anm. 1 u. 6 angef. Stellen, mit folgenden Berichtigungen: l. Sax. XI. 5, XII., XIII., Angl. X. 8 u. XI., Alam. LXXXII. 7. Zobel, Sachsensp. Bl. 250. b., 522.

„er falle unheilig und unvergolten", — „es sei bußlos, was ihm geschehe an Wunden oder Tödtung" u. dgl. [1]).

Dabei stand die Rache gerade in ihrer altgermanischen Gestalt der Nothwehr darum besonders nahe, weil auch die erstere keineswegs auf bloße Wiedervergeltung der Verletzung in derselben Größe beschränkt war und (was bei der Nothwehr der Natur der Verhältnisse nach gleichfalls fast immer der Fall sein wird) mit offener Gewalt vollführt werden mußte.

Mit der im Bisherigen dargestellten Auffassung der germanischen Selbsthülfe stimmt insbesondere der Umfang überein, in welchem das seinem Inhalte nach alterthümlichste, uns bekannte Rechtsbuch, die isländische Gragas, die Tödtung des Verbrechers dem Einzelnen unbedingt gestattete: es bestand nämlich dieses Recht regelmäßig nur gegenüber denjenigen Missethaten, bei welchen der Thäter, falls er von Anfang an vor Gericht verfolgt worden wäre, friedlos gelegt werden konnte (bei Friedensbrüchen) — nicht aber bei solchen, deren Folge bloß die Verpflichtung war, eine gesetzlich bestimmte Buße zu bezahlen. Die erstere Art von Verbrechen hatte aber im höchsten Alterthum einen sehr großen Umfang; nach isländischem Rechte begriff sie in sich auch geringere Körperverletzungen und Mißhandlungen, erheblichere Eigenthumsbeschädigungen, rechten Diebstahl (d. h. im Betrag einer halben Unze oder darüber) und gewisse wörtliche Ehrenbeleidigungen.

Gragas Vigslothi (Bd. II.) cap. 5 (S. 10), cap. 3 (S. 9), cap. 11 (S. 15, 16), cap. 13 (S. 17), cap. 31 (S. 60 ff.), cap. 79 (S. 123), cap. 115 (S. 188), cap. 104 (S. 147).

Siehe überh. Wilda S. 157—162.

---

1) s. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 157.

Es war daher in allen diesen Fällen die Tödtung des Verbrechers theils auf der Stelle, theils binnen gewisser Zeit gestattet, und so konnte z. B. jeder rechte Dieb und Jeder, welcher mit einer Person weiblichen Geschlechts unzüchtigen Umgang hatte — Letzterer übrigens nur von den nächsten Angehörigen des Weibes, und bloß binnen der Zeit bis zum nächsten Allthing — bußlos getödtet werden [1]).

Als nun aber im weitern Verlaufe der Rechtsentwicklung die Friedlosigkeit, sowohl was den Kreis ihrer Anwendung betrifft, als in Bezug auf die Strenge ihrer Wirkungen sehr bedeutenden Beschränkungen unterworfen, und zuletzt in ihrer Bedeutung als Strafe von den Compositionen einer-, und den öffentlichen Strafen andererseits völlig verdrängt wurde, war hiemit die allgemeine Grundlage, auf welcher die Befugniß, den Verbrecher zu tödten, ursprünglich beruht hatte, aufgehoben, und so findet sich denn die Rechtmäßigkeit einer solchen Tödtung in allen übrigen Quellen, welche ein minder alterthümliches Recht geben, als die isländischen, nicht mehr in der frühern Allgemeinheit, sondern nur noch unter bestimmten Voraussetzung für besondere Fälle ausgesprochen. Aber auch der beschränktere Umfang, in welchem die Selbsthülfe gegen den Verbrecher jetzt noch gestattet war, schließt alle Fälle der Nothwehr in sich, so daß es nicht geradezu Bedürfniß war, den Begriff derselben von dem der gestatteten Selbsthülfe überhaupt ausdrücklich auszuscheiden. Indessen ist Letzteres dennoch im

Edictum Rotharis c. 285 am E.

und in der lex Alamann. tit. 107,

Lex Wisigithorum lib. VI. tit. 4 cap. 6, tit. 5 cap. 19 mit bestimmtem Bewußtsein geschehen — wobei allerdings der Verfasser des angef. cap. 6 sichtlich ein römisches Gesetz (Theo-

1) Wilda a. a. O. S. 166 Anm. 3.

dos. C. IX. 14 ad leg. Cornel. de sicar. cst. 2, C. Justin. III. 27 quando liceat unicuique cst. 1) vor Augen hatte.

Ebenso ist andererseits in den Quellen der Begriff der Rache (Fehde) ausdrücklich hervorgehoben und dieselbe für gewisse Fälle in der Art gestattet, daß der Verletzte zwischen ihr und der gerichtlichen Verfolgung des Verbrechers die Wahl hat [1]).

Die meisten Stellen aber, und zwar gerade diejenigen, welche am Meisten ins Einzelne der rechtlichen Behandlung eingehen, reden noch immer von der Tödtung des Verbrechers — namentlich des betretenen — im Allgemeinen, ohne die Begriffe der Rache und der Nothwehr von der Selbsthülfe überhaupt auszuscheiden und einander entgegenzusetzen. Dabei ist die letztere, dem Wesen des Compositionensystemes gemäß, in den deutschen Volksrechten unter den Gesichtspunkt der bußlosen Tödtung (s. bes. lex Frisionum tit. 5) gestellt.

Was nun die einzelnen Fälle betrifft, in welchen jenes Tödtungsrecht erhalten blieb, so war nach dem ältern Gulathingsgesetz (welches Norwegen angehört) die Tödtung der Diebe und Frauenschänder noch allgemein bei Ertappung auf frischer That gestattet [2]), und ebenso durfte nach einigen angelsächsischen Gesetzen [3]), sowie nach der lex Angliorum et We-

---

1) s. Wilda a. a. O. S. 191, in Verbindung mit Wächter, Beitr. zur deutschen Gesch. S. 42—46, 249—252; Maurer, in der krit. Ueberschau 1855, S. 27 ff.

2) s. die Stelle bei Wilda S. 889.

3) Gesetze K. Withräds c. 26, K. Ine's cap. 35, vergl. mit cap. 16 u. 21. Andere angelsächsische Gesetze stellen, den deutschen Volksrechten und Kapitularien gleich, für dieses Tödtungsrecht besondere Voraussetzungen auf; s. Maurer a. a. O. S. 38—44, und die dort bezeichneten Stellen.

Auf Nothmaaßregeln, wie solche zeitweilig durch besondere Verhältnisse veranlaßt waren — wie z. B. im Ges. K. Withräds cap. 30 (s.

rinorum [1]) der betretene Dieb unbedingt getödtet werden; desgleichen nach

lex Burgund. tit. XXVII. cap. 9, Additam. I. derselben tit. XVI. cap. 2—5;

Ed. Rotharis cap. 32.

in gewissen Fällen überhaupt derjenige, welcher rechtswidrig in eine fremde Liegenschaft einging. Noch der Sachsenspiegel I. 64 und der Schwabenspiegel I. 79 Nr. IV. b. (Laßberg) erkennen die sofortige Tödtung des betretenen Diebes und Räubers als rechtmäßig an, und Dasselbe gilt nach den ausdrücklichen Worten des Sachsenspiegels auch von anderen, mindestens gleich schweren Verbrechern; nur muß dabei der Beweis jenes rechtfertigenden Umstandes, und zwar natürlich ein dem eigenthümlichen Beweisrechte des deutschen Mittelalters entsprechender, geführt sein.

Nicht so allgemein, wie selbst noch der Sachsen- und Schwabenspiegel, sprechen sich in Bezug auf die Freigebung der Selbsthülfe andere Quellen aus, obwohl dieselben theils der Zeit nach früher, theils vermöge ihres Inhaltes alterthümlicher sind, als jene beiden Rechtsbücher: nämlich sowohl die schwedischen Sammlungen, als — abgesehen von der oben angeführten lex Angliorum et Werinorum — alle Volksrechte und Königsgesetze des germanischen Mittel- und Süd-Europa's, sowie auch die meisten angelsächsischen Gesetze (s. ob. S. 184 Anm. 3) Dieselben erwähnen das Recht der Tödtung nur für einzelne, durch besondere Umstände ausgezeichnete Fälle — vorzugsweise für solche, welche eine unzweifelhafte Hinweisung auf die Nothwehr wenigstens in sich fassen. — Allein

---

Wilda S. 69), hat man hier, wo es sich um die Grundgedanken des germanischen Rechts handelt, kein Gewicht zu legen.

1) Tit. VII. Nr. 4 (in Walter's corpus jur. Germanici).

Dieß ändert, wie ich glaube, Nichts an dem Ergebniß, welches wir für die ächte germanische Rechtsanschauung und für das wirklich ausgeübte Recht (für letzteres allerdings nicht ganz ausnahmslos) festzuhalten haben. Die zuletzt genannten Quellen — insbesondere die Volksrechte der Stämme, welche das heutige Deutschland, Frankreich, Spanien und Italien bewohnten, die Kapitularien und die Gesetze der longobardischen und westgothischen Könige — sind unter dem überwiegenden Einfluß der erstarkten königlichen Gewalt entstanden, welche namentlich bemüht war, der tief eingewurzelten Selbsthülfe überall einen kräftigen Damm entgegenzusetzen und der widerrechtlichen Eigenmacht jeden Vorwand zu benehmen. Es kann daher nicht auffallen, daß wir hier ein Bestreben finden, die Voraussetzungen, unter welchen die Selbsthülfe noch gestattet sein sollte, bestimmt und einzeln anzugeben; dabei muß man sich aber nach der ganzen Beschaffenheit jener Quellen davor hüten, die Aufzählung der aus solchem Grunde bußlosen Tödtungen für eine erschöpfende zu halten — zumal da es ja bekannt ist, daß der Inhalt der Volksrechte, Kapitularien u. s. w. keineswegs immer ein vollständiges Bild des Rechtes darstellt, welches im Volke selbst lebte. Da wir nun für die vorliegende Frage einerseits in den älteren nordischen und den Quellen des deutschen Mittelalters eine allgemeine Regel, andererseits aber in den leges barbarorum, Kapitularien u. dgl. eine Reihe einzelner Rechtssätze vorfinden, welche unter jene Regel, als Anwendungen derselben, gestellt werden können, so unterliegt es gewiß keinem gegründeten Zweifel, daß wir hier ein in sich zusammenstimmendes Ganzes vor uns haben, und daß jene Regel — jedoch immerhin mit einer Beschränkung, auf welche aus den übrigen, mehr ins Einzelne gehenden Stellen geschlossen werden muß — als der treue Ausdruck germanischer Denkungsweise und germanischen Rechtslebens zu betrachten

ist. Ich nehme daher keinen Anstand, den allgemeinen Satz aufzustellen, daß im germanischen Rechte überhaupt, insbesondere auch in dem des deutschen Mittelalters, die sofortige Tödtung des auf der That betretenen schweren Missethäters (Friedebrechers), insbesondere des Diebes und Räubers dem Beschädigten gestattet war — übrigens, wie man für das schwedische, das mittel- und südeuropäische und auch für das spätere angelsächsische Recht hinzufügen muß, nur unter der Voraussetzung, daß sie das nothwendige Mittel zum Schutze gegen den Angriff war, oder daß der Verbrecher durch Flucht oder Gegenwehr seine gerichtliche Verfolgung zu vereiteln suchte. Diese Bedingung ist zwar in den angeführten Stellen des Sachsen- und Schwabenspiegels nicht genannt, muß aber auch für das deutsche Mittelalter gemäß dem ganzen Gange der germanischen Rechtsentwicklung angenommen werden [1]), und Dieß unterliegt um so weniger einem Bedenken, als jene Stellen der Rechtsbücher nicht die Voraussetzungen des Tödtungsrechtes angeben, sondern bezüglich dieser, nach Dasein und Umfang vorausgesetzten Befugniß einige das Verfahren, insbesondere den Beweis betreffende Sätze aussprechen.

In dem oben angegebenen Umfange des Tödtungsrechtes war denn die Rechtmäßigkeit der Nothwehr mit enthalten, welche übrigens in einer Menge von Quellen des deutschen Mittelalters, namentlich in den genannten beiden Rechtsbüchern, auch selbstständig ausgehoben und als rechtmäßig anerkannt ist. Von Letzterem bestand nur in einzelnen, besonders norddeutschen Rechten eine theilweise Ausnahme in der Verpflichtung, für die in Nothwehr zugefügte Beschädigung oder Tödtung dem Verletzten, beziehungsweise

1) Vorbehältlich der besondern, in §. 6 zu erörternden Bestimmung über Friedebruch im engern Sinn.

seinen Angehörigen eine Geldsumme — insbesondere das Wergeld — zu bezahlen [1]).

In den Volksrechten dagegen ist die Nothwehr meist noch lediglich unter dem allgemeinen Begriffe der bußlosen Tödtungen mit eingeschlossen. Von diesen überhaupt aber fallen nun unter den Begriff der erlaubten Selbsthülfe:

Die Tödtung desjenigen, welcher die Person selbst gewaltthätig angreift, insbesondere auch des Räubers, Menschenräubers und Entführers

lex Burgund. tit. XXIX. cap. 2.
Ed. Rotharis cap. 285 a. E.
lex Wisigothorum VI. tit. 4 cap. 6, III. tit. 3 cap. 6, VII. tit. 3 cap. 3, 6.
Capit. Caroli M. lib. VII. cap. 169.
s. auch form. Sirmond. c. 30, 31, in Walters corp. jur Germ. S. 389, 390.

— sodann die Tödtung der auf Ehebruch betretenen Personen durch den beleidigten Ehemann,

lex Bajuvariorum tit. VII. cap. I. nr. II., vergl. mit nr. I.
lex Wisigoth. III. tit. 4 cap. 4.
lex Frisionum tit. V.
— Burgundionum tit. LXVIII.
— Ripuariorum tit. LXXVIII.
(nach beiden letzteren Rechtsbüchern übrigens mit Beschränkungen);

— die Tödtung der Ehebrecher, sowie Anderer, welche sich unerlaubter Geschlechtsgemeinschaft schuldig gemacht haben, durch die Verwandten des Weibes

---

1) s. die Anführungen in Köstlin's System S. 79—81, Levita's Recht der Nothwehr S. 76—135, daselbst auch die Widerlegung der Ansicht, als ob die im Texte genannte Pflicht zur Entrichtung des Wergeldes

lex Wisigoth. III. tit. 4 cap. 5.

lex Burgund. tit. XXXV. nr. 2.

Ed. Rotharis c. 189, 222.

lex Ripuarior. a. a. O. (mit derselben Beschränkung wie ob.)

Bonifacius, bei Jarcke Hdb. S. 51 Anm. 64 [1]); ferner die Tödtung dessen, der am Haus eines Andern Brandstiftung versucht, oder in ein dem (heidnischen) Gottesdienst geweihtes Gebäude einbricht,

lex Frisionum a. a. O.

und des betretenen Diebes — des Letztern übrigens nur unter besonderen Umständen, über welche vorläufig auf Abegg's Unters. S. 265 ff., Wilda's Strafr. der Germanen S. 890 verwiesen werden mag. Im Allgemeinen sollte nach den Bestimmungen der Volksrechte die Tödtung des Diebes (abgesehen von besonderen Ausnahmefällen) und nach der lex Ripuariorum auch die Tödtung des Ehebrechers u. dgl. alsdann straflos sein, wenn es möglich wäre, den Verbrecher zu binden. Mithin durfte der Bedrohte oder Beschäftigte das Letztere jedenfalls thun, also den Verbrecher überwältigen, sich seiner Person bemächtigen, um sich hiedurch die Wirksamkeit der gerichtlichen Verfolgung sicher zu stellen. Wenn der ertappte Verbrecher sich Dieß nicht gefallen ließ, insbesondere wenn er die Flucht ergriff oder sich mit gewaffneter Hand vertheidigte, durfte er auch nach den Volksrechten noch immer sogar getödtet werden. Daß Dieß überall galt, thun wohl folgende Stellen dar, welche den Rechtsbüchern ganz verschiedener Stämme angehören:

lex Bajuvar. de popular. leg. cap. 3.

lex Ripuariorum tit. LXXII. Nr. 1—5; tit LXXVII.

---

u. s. w. beweise, daß nach dem Grundgedanken des deutschen Rechtes die Nothwehr an sich unrechtmäßig gewesen sei.

1) s. auch Köstlin's System S. 9 Anm. 7.

lex Burgund. VI. 2.
lex Wisigoth. VII. 2. cap. 15 und 16.
Edictum Rotharis cap. XXXII., cap. CCLXIX.
die angelsächsischen Gesetze bei Maurer, krit. Ueberschau, 1855, S. 39 u. 40.

Man kann nun hiernach gewiß allgemein annehmen, daß das Verbot der Rache gegen den auf frischer That betretenen schweren Verbrecher auch nach den Volksrechten da nicht anwendbar sein sollte, wo der Zweck, Ahndung des Verbrechens, nicht auf gerichtlichem Wege erreicht werden konnte, und noch viel weniger sollte ein Zweifel daran entstehen können, daß nach dem ächten Grundsatze des germanischen Rechts die Selbsthülfe, wo sie zum Schutz eines bedrohten Rechtes nothwendig war, mithin als Nothwehr unter allen Umständen geübt werden durfte. Die Voraussetzung, unter welcher die Tödtung des Verbrechers noch immer rechtmäßig war — nämlich Unmöglichkeit ihn zu überwältigen — lag in allen Fällen eigentlicher Nothwehr zufolge dem Begriffe der letztern unausbleiblich vor: denn auch die Nothwehr rechtfertigt nur solche Verletzungen, welche zur Vertheidigung wider die drohende Gefahr in Wahrheit nothwendig sind; also diejenigen nicht, statt deren ein anwendbares gelinderes Mittel zu jenem Zwecke hingereicht hätte; solang es möglich ist, den Verbrecher einfach zu überwältigen, zu binden, darf nicht zur unnöthigen, und darum auch nicht durch Nothwehr entschuldigten Beschädigung oder Tödtung desselben geschritten werden.

Hiezu kommt aber, daß geradezu fast alle Fälle, in welchen Eigenthumsnothwehr gegenüber dem Diebe oder Räuber vorkommen konnte, in den ausdrücklich genannten, besonderen Voraussetzungen, unter welchen die Tödtung des Diebes und Räubers nach den Volksrechten gestattet war, enthalten sind.

So eben ist bemerkt worden, daß der Dieb und Räuber

getödtet werden durfte, wenn er durch Flucht, durch einfaches Abwehren oder durch Gewalt gegen die Person es unmöglich machte, ihn zu binden; und schon diese Bedingungen schließen vermöge ihres noch weiter gehenden Inhaltes gerade alle irgend wichtigeren und häufigeren Fälle der Nothwehr in sich, welche gegen Diebe und Räuber vorkommen kann: insbesondere liegt da, wo der Dieb sich zu seinem Schutze einer Waffe bedient oder (etwa mit der entwendeten Sache) die Flucht ergreift, das Vorhandensein einer wenigstens nach Umständen die Nothwehr begründenden Gefahr offen vor. Außerdem aber ist die Befugniß, den Dieb zu tödten, in den Volksrechten auch noch unter anderen Voraussetzungen eingeräumt, unter welchen sie — wiewohl nicht ausschließlich — Fälle der Nothwehr in sich begreift: nämlich alsdann, wenn der Dieb mittelst Untergrabung oder Einbruchs, oder sonst auf unerlaubte Weise in ein Haus eindrang oder einzudringen versuchte,

lex Bajuvarior. de popular. leg. cap. 3.
lex Frisionum tit. V.
Capitul. Caroli M. VI. 19, VII. 169,

oder zur Nachtzeit mit der entwendeten Sache ertappt wurde,

lex Bajuvar. VIII. 5. [1])
lex Wisigothorum lib. VII. tit. 2 cap. 16.
Capitul. Caroli M. lib. V. cap. 343;

und in einem noch weitern Umfang ist das Tödtungsrecht gegenüber einer Beeinträchtigung und Gefährdung des Eigenthums in einigen Quellen, wie schon oben bemerkt, dadurch anerkannt, daß dieselben unter gewissen Umständen den-

---

1) Sollte man nicht (was bis jetzt meines Wissens noch nicht bemerkt worden ist) durch die besondere Vollständigkeit, mit welcher das bairische Volksrecht die Tödtung des Diebes abhandelt, an die Worte des Nibelungenliedes 1114, 1115, 1242, 1243 erinnert werden können?

jenigen überhaupt, welcher rechtswidrig in eine fremde Liegenschaft einging, strafloser Tödtung preisgaben.

Stellen, welche den allgemeinen Grundsatz — Rechtmäßigkeit der Nothwehr — auch in seiner Allgemeinheit aussprechen, sind schon oben S. 183 aus den westgothischen und longobardischen Gesetzen angeführt worden; daß wir derartige Aussprüche in den Volksrechten und Kapitularien nicht häufig antreffen, erklärt sich aus der Beschaffenheit dieser Quellen, zu deren Eigenthümlichkeiten es gerade gehört, daß sie (wie alle, einer gleichen Bildungsstufe angehörenden Gesetze) die allgemeinen Rechtsgrundsätze selten in allgemein gefaßten Worten aussprechen und meist nur durch die Entscheidung einzelner Fälle andeuten. — Wie kann man nun, während für eine Reihe der häufigsten und wichtigsten Fälle die Nothwehr als rechtmäßig anerkannt ist, aus eben diesen Stellen das gerade Gegentheil ableiten wollen? Und doch thut Dieß Zöpfl, indem er namentlich auch die genannten Bestimmungen der Volksrechte für folgende Behauptungen anführt, welche übrigens schon innere Widersprüche enthalten:

1) nach der germanischen, in der Praxis bis ins 16te Jahrhundert forterhaltenen Grundidee sei die Tödtung oder Verwundung eines Menschen, selbst aus Nothwehr, an sich — das heiße ihrer äußerlichen Erscheinung nach — eine unerlaubte Handlung („Malefiz"), welche aber eben in Beziehung auf den, durch den Verletzten selbst rechtswidrig hervorgerufenen Nothstand des Thäters vor dem positiven Gesetze von der Strafe entschuldigt werde (neues Archiv, 1842, S. 319).

2) die Nothwehr sei eine, durch den von dem Angreifer durch seinen rechtswidrigen Angriff herbeigeführten Nothstand entschuldigte Tödtung oder Verwundung des Angreifers. Die Nothwehr sei daher

dem deutschen Recht nur eine ganz genau und bestimmt bezeichnete, resp. die höchste Art der in dem erwähnten Nothstand erlaubten Privatgewalt, oder (soll wohl heißen: „aber" — ?) als solche zugleich ein höchst exorbitantes, so nahe an die Gränze der Strafbarkeit hinstreifendes Verhältniß, daß man sehr geneigt gewesen sei, sie wegen des möglicher und muthmaßlicher Weise dabei unterlaufenden Excesses mit einer Privatstrafe zu belegen, wenn man gleich über die Unstatthaftigkeit einer öffentlichen Strafe vollständig einverstanden gewesen sei.

Dieser Zöpfl'schen Ansicht ist wenigstens im Allgemeinen auch Mittermaier beigetreten [1]), — wogegen sie von Köstlin, Berner und Levita mit Recht bekämpft wird.

Insbesondere hat Köstlin in seiner bekannten, geistvollen Darstellungsweise auf wenigen Seiten seines Systems (S. 77—81) die Ansicht Zöpfl's so vollständig widerlegt, daß im Allgemeinen durchaus auf jene Stelle des wohl in der Hand jedes Criminalisten befindlichen Werkes verwiesen werden kann. Levita's Bemerkung, „Köstlin habe nach seiner umfassenden „Aufgabe den Behauptungen der Zöpfl'schen Aufsätze nicht „im Einzelnen nachgehen können", ist angesichts jener Stelle offenbar nicht gegründet, und auch dasjenige, was Levita selbst über die Nothwehr nach altdeutschem Rechte vorträgt, schließt sich in den wesentlichen leitenden Gedanken an Köstlin an, wobei aber Levita noch weitere Zeugnisse aus den mittelalterlichen Rechtsbüchern hinzugefügt und durch den Abdruck des gesammten in den Quellen zerstreuten Stoffes die Uebersicht über den Stand der Frage namhaft erleichtert hat.

Dagegen ist, soviel ich bemerken konnte, in allen bisherigen Schriften, welche ausdrücklich der Nothwehr gewidmet sind,

1) Mittermaier, zu Feuerbach §. 37 Anm. II.

der so wichtige, selbst im Rechte des Sachsen- und Schwabenspiegels noch fortwirkende Zusammenhang der alten Selbsthülfe mit der Friedlosigkeit vor dem Urtheil nicht erwähnt, und hiemit mag es denn auch bei Levita in Verbindung stehen, daß er die Einschränkung der Selbsthülfe auf die Nothwehr zu allgemein und für eine zu frühe Zeit behauptet.

§. 4.

Außer dem am Ende des vorigen §. Bemerkten, ist es namentlich noch eine Frage, deren abermalige Erörterung auch jetzt nicht überflüssig sein mag.

Es ist unläugbar, daß eine Anzahl von Stellen der mittelalterlichen Rechte für Fälle der Nothwehr wirklich eine Verpflichtung, Buße, insbesondere Wergeld, an den Verletzten oder dessen Verwandte zu bezahlen, aussprechen. Es frägt sich nun aber, ob diese Bestimmung in so vielen und gewichtigen Stellen vorkommt, daß man sie, des bisher Ausgeführten ungeachtet, für etwas vom Geiste des germanischen Rechtes Gefordertes zu halten hat. Dieß nehmen auch außer Zöpfl und Mittermaier h. z. T. Manche gerade unserer anerkanntesten Schriftsteller an [1]), und namentlich hängt damit Heffter's allgemeinerer Satz zusammen, daß in der Behandlung der Nothwehr zwischen dem römischen und kirchlichen Recht auf der einen, und dem älteren germanischen auf der andern Seite ein eigenthümlicher Gegensatz bestehe, welchen Heffter nicht bloß in dem Streben des letztern nach „Specialisirung der einzelnen Fälle" findet, sondern auch darauf ausdehnt, daß (nur) das römische und kirchliche Recht (im Unter-

---

1) Abegg Untersuchungen S. 281 ff., Biener, engl. Geschworenengericht Bd. I. S. 120; Heffter, Lehrb. des Strafrechts §. 41, §. 45 Anm. 2; Walter, deutsche Rechtsgeschichte S. 780.

schiede vom germanischen) die Nothwehr in der weitesten natürlichen Ausdehnung gestatte. Dieß Letztere findet wohl in dem oben S. 180—192 Besprochenen seine hinreichende Widerlegung; und namentlich ist schon dort angedeutet worden, daß es aus dem Streben der Volksrechte und dergl. nach „Specialisirung" nicht geschlossen werden darf.

Zöpfl's Berufung auf die oben S. 184 f., 185 ff. angeführten Stellen, an welchen die Volksrechte und königlichen Gesetze von der rechtmäßigen, sofortigen Tödtung des Verbrechers bloß für einzelne Fälle reden, könnte nur alsdann Gewicht haben, wenn man diesen Quellen Eigenschaften unterschieben dürfte, auf welche sie gar keinen Anspruch machen, namentlich wenn man die irrige Voraussetzung zu Grunde legte, daß jene Quellen so, wie unsere heutigen, erschöpfenden und umfassenden Gesetzbücher, beurtheilt werden dürfen. Denn wie will man ohne diese Voraussetzung die obigen Stellen über Tödtung des Diebes, Räubers u. s. w. zu einem argumentum e contrario benützen, vermöge dessen man aus ihnen auf Strafbarkeit anderer, nicht genannter Fälle schließen dürfte —? — Wenn uns die Verfasser der Volksrechte sagen, man habe den Dieb, Räuber, Brandstifter u. s. w. unter gewissen Umständen, welche namentlich alle wichtigeren Fälle der Nothwehr in sich schließen, straflos tödten dürfen; wenn dabei einige Stellen derselben Rechtsbücher und eine Reihe anderer altdeutscher Quellenaussprüche die vollständige Rechtmäßigkeit der Nothwehr allgemein und in den bündigsten Worten anerkennen — wie will man sich da auf jene erstgenannten Stellen zum Belege einer Ansicht berufen, nach welcher die germanische Rechtsübung geneigt gewesen wäre, die siegreiche Gegenwehr wider den Versuch eines Todtschlages, einer Nothzucht, eines Mordes mit Privatstrafe zu verfolgen? In der That aber verfahren ja die Volksrechte ihrer Grundbedeutung nach nicht sowohl be-

fehlend, als beschreibend; sie schöpften aus der Rechtsübung, wurden fast bloß als Aufzeichnungen des gewohnheitsrechtlich Bestehenden verfaßt und behandelt, geben dessen Inhalt in groben, unwissenschaftlichen Umrissen und sind weit entfernt davon, die Anwendung anderweitigen, nicht ausdrücklich mit aufgenommenen Gewohnheitsrechtes ausschließen zu wollen.

Wollte man aber auch hievon absehen, und in den Sätzen, welche von der erlaubten Selbsthülfe handeln, ein absichtliches, willkürliches Schaffen der Gesetzgebung, einen Versuch, das Gewohnheitsrecht einzuschränken, erblicken, so hätte man, gemäß dem aus anderen germanischen Quellen Bekannten, sicherlich anzunehmen, daß jedenfalls auf die Länge jener Versuch nicht gelungen ist, und das Rechtsleben des Volkes seinen eigenen Gang ungehemmt verfolgt hat.

Nun beruft man sich aber auch auf solche Quellenaussprüche, welche unmittelbar sagen sollen, daß die Tödtung in Nothwehr Buße nach sich gezogen habe.

Vor Allem ist hier eine Reihe von Stellen auszuscheiden, welche nur von Gegenwehr überhaupt (von se defendere), nicht gerade von Nothwehr sprechen, mit Unrecht aber auch von Abegg und Levita auf die letztere bezogen werden, nämlich

Gesetze König Luitprands IV. cap. 20.

Kapitulare Ludwigs des Frommen von 817 cap. 1.

— Ludwigs und Lothars v. 829, nr. I. der „capitula, quae pro lege habenda sunt“ — auch in Loth. I. Leg. Longob. cap. 57.

Allerdings ist hier unter se defendere ganz gewiß die gewaltsame Zurückweisung eines widerrechtlichen Angriffes gemeint; allein nirgends ist gesagt, daß hier zur Vereitelung des Angriffes gerade eine solche Gewalt nothwendig gewesen, daß die Tödtung also in rechter Nothwehr geschehen sei. In den Worten „se defendere“ liegt Dieß so

wenig, als bei uns, wenn wir von Jemanden sagen, er habe, in seiner Vertheidigung begriffen, einen Andern erschlagen, Fälle ausgeschlossen sind, in welchen die Gränzen der Nothwehr überschritten, oder von vorne herein gar nicht alle Bedingungen derselben vorhanden waren.

Dieser Auslegung, wornach das se defendere hier nicht (wie allerdings wohl an anderen Stellen) für die Nothwehr gebraucht ist, steht auch kein innerer Grund entgegen. — In dem von Levita weiter angef. Murtener Stadtrodel c. 11 muß man zwar das vim vi repellere im Hinblicke auf den Sprachgebrauch des römischen Rechtes als Bezeichnung der Nothwehr ansehen; allein dort ist gar nicht von Strafe, sondern nur überhaupt von milderer Beurtheilung der Rache und Nothwehr die Rede, mithin Straflosigkeit der letzteren nicht ausgeschlossen.

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit dem Ausdrucke „necessitate cogente" in cap. 13 des angef. Kapit. v. 817, wo gar nicht einmal gesagt ist, daß der Drang der Umstände, die necessitas cogens, in einem widerrechtlichen Angriff bestanden habe, und noch weniger, daß derjenige, dessen Tödtung gebüßt werden soll, der widerrechtliche Angreifer selbst gewesen sei.

Vergl. überh. Wilda, Strafr. der Germ. S. 563, 564 — wo nur das „se defendere" vielleicht doch allzuweit ausgelegt ist.

Eigenthümlich nimmt sich hiebei Levita's Tadel aus, daß Wilda das Kap. v. 817, cap. 1 mißverstanden, in dasselbe die Verpflichtung zur Zahlung des Wehrgeldes für die Tödtung „se defendendo" mit Unrecht „hineininterpretirt" habe (S. 73).

Wer in solcher Weise gegen den anerkannten Meister auftreten wollte, hätte sich doch zuvor mehr bemühen sollen, ihn zu verstehen. Der Thäter — sagt Wilda — sollte nach dem

Kapit. Wergeld, — wenn zugleich der Friede der Kirche gebrochen war, dreifaches bezahlen; — an wen im letztern Falle? sagt Wilda nicht und er brauchte es nicht zu sagen, weil es mit dürren Worten in dem Gesetze steht: dagegen steht allerdings nicht in diesem Gesetze, aber in anderen, und aus ihnen bei Wilda S. 416, daß bei den salischen und ripuarischen Franken das Wergeld in der Zeit, als die uns erhaltenen Recensionen ihrer Volksrechte die jetzige Gestalt erhalten haben, 200 Schillinge betrug [1]): also kommen die 600 Schillinge, welche nach dem cap. 1 an die Kirche fallen sollten, dem dreifachen Wergelde gleich, und nicht Wilda hat Ludwig d. Fr., sondern Levita hat Wilda mißverstanden; nicht Wilda hat in das Gesetz hinein-, sondern Levita aus Wilda zu Wenig herausinterpretirt.

Nicht viel besser steht es mit Levita's übrigen Einwendungen. Nach S. 88 Anm. soll Wilda „übersehen" haben, daß im Cap. Caroli M. dupl. in Theod. villa promulg. a. 805 bei der Lesart, welche die Worte „si se defendendo — amittat" beifügt, eben diese Worte sich nicht auf die Tödtung se defendendo, sondern gerade auf andere Tödtungen — „si vero aliter" — beziehen. Allein was zwänge denn zu der Annahme, daß, jene Lesart vorausgesetzt, die Worte „et manum quam perjuravit . . . . . . solvat" nicht auch auf den ersten der im Vorangehenden unterschiedenen Fälle gehen könnten —? (das Verhältniß zwischen Wergeld und Verlust des ganzen Vermögens entspräche ja ganz wohl demjenigen, welches nach l. Luitpr. IV. cap. 20 zwischen den strafrechtlichen Folgen der Tödtung bestand, je nachdem sie „se defendendo" geschehen war oder nicht, und

1) s. l. Sal. XLIV., l. Sal. em. XLIII.. Rip. VII. — Dreifaches Wergeld war auch sonst die Strafe von Tödtungen, mittelst welcher ein höherer Friede verletzt war; s. Wilda S. 418 und die Stellen das. in Anm. 1 und 2 (jedoch ist in Anm. 1 zu lesen: „Rip. LXIII." statt „XLIII"!)

in dem einen, wie im andern jener beiden Fällen liefe dann die Strafe das nach unserer Ausdrucksweise ideell concurrirenden Urfehdebruchs (Meineides) noch nebenher). Ja, es könnten sich sogar, wenn der oben erwähnte Zusatz je ächt sein sollte, dessen Worte „et insuper bannum dominicum solvat“ nur auf den Fall der „se defendendo“ geschehenen Tödtung beziehen; denn was sollte es heißen: „sein ganzes Vermögen „verlieren und obendrein den Königsbann entrichten müssen“ —? Ich gebe nun zu, daß bei dieser Auslegung die Construction des ganzen Satzes sehr nachläßig wäre, und eben schon darum ist die Aechtheit des Beisatzes verdächtig; aber unerhört wäre eine solche schlechte Satzbildung in den Kapitularien sicherlich nicht.

Endlich wendet Levita (S. 73) gegen Wilda's Auffassung der Worte „necessitate cogente“ ein, der Sinn dieses Ausdruckes sei von dem des „se defendendo“ durchaus verschieden; ersterer beziehe sich gerade auf das Gegentheil der Vertheidigung, nämlich auf die im Nothstande angriffsweise verübte Tödtung. Allein auch die in Vertheidigung geschehende Tödtung wird angriffsweise verübt — nur daß der Angriff hier durch die vorangegangene Gewalthandlung des Gegners veranlaßt, also ein Gegenangriff ist. Daß auch die durch einen rechtswidrigen Angriff herbeigeführte Lage recht wohl mit „necessitate cogente“ bezeichnet werden konnte, wird durch die Worte der lex Burgundionum tit. XLVIII, cap. 4 „ex necessitate“ bestätigt, welche auch von Levita S. 86—87 so aufgefaßt werden; und jene Worte geradezu auf den Nothstand zu beziehen, ist wohl schon darum bedenklich, weil der Begriff des letztern, wie Köstlin System S. 78 zu Anm. 6 bemerkt, in den alten germanischen Quellen, soweit bekannt ist, sonst nicht vorkommt.

Dieselbe Auslegung, welche den Worten „se defendendo“

und „necessitate cogente" im Obigen gegeben worden ist, wird man, wie ich glaube, sogar auch auf die Gesetze Heinrichs I. von England anwenden dürfen, so daß die in cap. 80 §. 8 derselben festgesetzte Buße, welche bei Verletzung der königlichen Wohnung eintreten soll, sowie das Verbot des „se defendere" gegen den eigenen Herrn in cap. 83 pr., sich nicht auf Tödtung in einer von allen Erfordernissen begleiteten Nothwehr bezieht. Es fällt alsdann, da auch das cap. 57 der leg. Longob. Lothar. I. oben in gleicher Weise erklärt worden ist, das nicht ganz befriedigende Auskunftsmittel Köstlin's „es sei hier nicht die Nothwehr als solche, sondern nur die Nichtachtung des Kirchen- oder Palastfriedens das Bußwürdige", also eine wirkliche Ausnahme von der Rechtmäßigkeit der Nothwehr, hinweg.

Zu jener Auslegung der leges Henr. halte ich mich aber um so mehr für berechtigt, als in cap. 80 §. 8 derselben ein ähnlicher Fall besprochen ist, wie in dem angef. cap. 57 der lothar'schen Kapitularien, und ein unterstützender Schluß von der Behandlung des Kirchenfriedens auf die des Palastfriedens immerhin gestattet sein wird. Was aber das genannte cap. 83 pr. betrifft, so ist es mir mehr als unwahrscheinlich, daß die Engländer (wie Zöpfl im N. Arch. 1842. S. 140 will) im Mittelalter verpflichtet gewesen sein sollten, von ihren Herren jedes Verbrechen ohne Gegenwehr an sich verüben zu lassen[1]), während das betreffende Gebot einen guten Sinn hat, wenn man es auf die schon in den Ges. K. Aelfreds cap. 38 §. 6 vorgeschriebene Unterlassung einer vergeltenden Gewalthandlung bezieht.

§. 5.

Nun werden aber allerdings auch mehrere weitere Stellen

---

1) Vergl. auch Sachsensp. III. 78 §. 6; Schwabensp. Art. 151 c.

angeführt, welche unzweifelhaft von der Nothwehr handeln und aus denen man wieder schließen will, daß die in Vertheidigung des Leibes geschehene Verletzung des Angreifers Buße nach sich gezogen habe, die an den Verletzten oder seine Angehörigen habe gezahlt werden müßen.

Allein in der That ist die Entrichtung einer solchen Privatbuße in den wichtigsten Stellen, welche von derselben reden, nur für den Fall zur Pflicht gemacht, daß für die Nothwehr kein oder doch kein vollständiger Beweis erbracht ist — so namentlich in dem vielbesprochenen vierzehnten Artikel des zweiten Buchs des Sachsenspiegels.

Hiebei beurtheilte man natürlich die Frage, ob der Beweis hergestellt sei oder nicht, ganz auf dieselbe Weise, wie es das allgemeine mittelalterliche Beweisrecht mit sich brachte. Insbesondere aber war die Annahme einer voll bewiesenen Nothwehr durch Erforderniße bedingt, welche insoferne wie gesetzliche Vermuthungen wirkten, obgleich gerade die wichtigeren unter ihnen gewiß nicht aus der Rücksicht auf den Beweis förmlich eingeführt wurden, sondern den Schwerpunkt ihrer Bedeutung in den oben S. 179—180 erwähnten Gründen hatten und sich aus dem alten Verhältnisse der Selbsthülfe zur Friedlosigkeit herausbildeten. Ueberdieß aber hatte die Festhaltung jener Erforderniße gewiß keineswegs den Sinn, als ob dadurch jeder andere Beweis der Nothwehr ausgeschlossen sein sollte, wie wir denn von dem Beweise durch Eid mit Helfern und durch Zweikampf aus der angef. Stelle des Sachsenspiegels das Gegentheil wissen.

Jene Erforderniße sind nun von zweierlei Art: es waren nämlich theils demjenigen, welcher den Friedebrecher verletzt, insbesondere sich der Nothwehr bedient hatte, gewisse nach-

1) s. Köstlin's System S. 78, Anm. 7.

folgende Handlungen vorgezeichnet, welche die Rechtmäßigkeit seiner That verbürgen oder doch beurkunden sollten,

lex Ripuariorum tit. LXXVII.

leg. Henrici I. cap. 83.

Sachsenspiegel II. 14.

Schwabenspiegel cap. 79 Nr. IV b. (Laßb.) [1])

theils waren bestimmte nähere Umstände des vorangegangenen Verbrechens bezeichnet, gegenüber von welchem beim Vorhandensein dieser Umstände die geübte Eigenmacht als Nothwehr gelten sollte [1]).

In letzterer Beziehung verlangt das alte Bamberger Stadtrecht §§. 158, 164 von demjenigen, welcher zu einer von ihm verübten Tödtung durch einen Angriff auf seinen Leib genöthigt gewesen zu sein behauptet, daß er zur Begründung hievon eine Wunde weise, und daß er beschwöre, dem Gegner nicht zuvor durch Wort oder Werk ein Leid gethan zu haben.

Außerdem stellen Köstlin und Levita [2]) hierher auch einen Satz der lex Burgundionum, nämlich Tit. XLVIII. cap. 4, und Letzterer bezieht denselben geradezu auf die Vertheidigung des Eigenthums. Allein die Worte „in rem suam violenter resistens," welche allein für diese Deutung angeführt werden könnten, haben hier unmöglich diesen Sinn; denn man müßte

---

1) Köstlin a. a. O. zu Anm. 8 und 9. Die von Köstlin das. noch weiter angeführten Stellen des Sachsen- und Schwabenspiegels (I. 63 §. 1 des erstern; cap. 79 nr. II. des letztern) enthalten keine Beschränkung für den Beweis der Nothwehr, sondern sind sichtlich im Gegentheile zu dem Zwecke angeführt, darzuthun, daß das oben im Texte genannte Erforderniß einer Wunde auch sonst im mittelalterlichen Beweisrechte vorkommt, also nicht eine eigenthümliche Erschwerung für den Beweis der Nothwehr begründen soll. Die von Köstlin in Anm. 9 genannte Stelle der lex Bajuvariorum (VIII. 5) handelt gleichfalls nicht von einer der Nothwehr gesetzten Schranke, sondern erkennt deren Rechtmäßigkeit für einen einzelnen Fall an, welcher andere nicht ausschließt (s. ob. S. 186 f., 190).

2) Köstlin a. a. O. Anm. 8; Levita S. 85—87.

ja sonst nach cap. 1 derselben Stelle annehmen, die lex Burgundionum stelle die Bußsätze einer ganzen Gattung von Körperverletzungen, — nämlich derjenigen, welche zwar nicht mit einer Waffe zugefügt waren, aber doch Untauglichkeit eines Gliedes zu seinem Gebrauche bewirkt hatten — gerade nur für den Fall auf, daß jene Verletzungen bei Vertheidigung des Eigenthums vorgefallen seien; und Dieß ist um so weniger glaublich, als ja die lex Burgundionum, wie die oben, S. 185, 189, 190 angeführten Stellen zeigen, gerade gegen Eigenthumsverbrechen die Selbsthülfe in weitem Umfange ausdrücklich freigiebt.

Ueberdieß aber würde bei Levita's Auslegung aus den Worten „superioribus ..... judicetur" folgen, daß an einer andern Stelle dieses Volksrechtes — was in der That nicht der Fall ist — von Wunden gehandelt sei, welche bei jener Vertheidigung mit einer eigentlichen Waffe zugefügt wurden.

Dem Worte resistere kann also hier nicht die gewöhnliche Bedeutung „sich vertheidigen", sondern muß, wie vielleicht auch in den leg. Henrici I. cap. 88 §. 10, der eigenthümliche Sinn „sich (überhaupt) gegen Jemanden setzen," „mit ihm kämpfen" beigelegt werden — wobei das Wort res bei „in re sua" und „in rem suam" den Sinn haben mag, wie bei „de rebus repentinis" in leg. Henr. I. cap. 83, oder wie causa bei „pro quacumque causa" in l. Luitpr. IV. 20.

Daß aber auch die Worte des cap. 4 „ex necessitate" uns jedenfalls nicht zwingen, sie auf rechte Nothwehr zu beziehen, folgt aus demjenigen, was ob. S. 197 und an der dort genannten Stelle Wilda's ausgeführt ist.

Unter der andern, ob. S. 201 unten zuerst genannten Art von Erfordernissen, welche für eine voll bewiesene Nothwehr aufgestellt waren, verdient, abgesehen von der Pflicht zur Selbst-

verkündigung und gerichtlichen Selbstanzeige, besondere Beachtung die an einigen Stellen gegebene Vorschrift, bei dem Leichname des in Nothwehr Getödteten zu bleiben, beziehungsweise, selbst diesen Leichnam vor Gericht zu bringen.

Den Grund hievon sucht Levita (S. 127) darin, daß der beim Leichname Bleibende sich hiedurch bereit gezeigt habe, die Fehde mit den Verwandten des Getödteten aufzunehmen, und Levita glaubt daher, daß dieses Erforderniß im Sachsenspiegel nach dem Verschwinden des Fehderechtes, als ein bedeutungsloses geschichtliches Ueberbleibsel stehen geblieben sei. Allein diese Beziehung auf das Fehderecht (das übrigens auch im spätern Mittelalter noch bestand — nur in anderer Weise als im altgermanischen Rechte) [1]) war gewiß nicht der Grund jener Bestimmung; denn die Vorschriften, welche über die Förmlichkeiten jener Bewachung in der lex Ripuarior. tit. LXXVII. und über ein vorangehendes richterliches Urtheil in form. Sirmond. XXX. aufgestellt sind, hätten nicht nur für das Aufnehmen der Fehde keinen Sinn, sondern die letztere Vorschrift verwehrt es sogar entschieden, an ein nachträgliches Hinüberleiten der schon gerichtlich anhängigen Sache auf den Weg der Fehde zu denken. Zudem ist nicht abzusehen, warum die Bereitwilligkeit, sich der Fehde zu stellen, gerade durch Verharren beim Leichnam hätte an den Tag gelegt werden sollen, während doch zu diesem Zwecke das Bleiben in der Gegend überhaupt genügt hätte.

Dagegen liegt eine andere Erklärungsweise ganz nahe. Des Grauens, welches selbst den rohesten Mörder und Todtschläger beim Anblick seines Opfers erfaßt, wird sich ein derartiger Verbrecher nur selten insoweit erwehren können, daß er es erträgt, — zumal eine längere Reihe von Tagen oder gar von Nächten hindurch, und in der Einsamkeit den — Leich-

1) s. Wächter, Beitr. S. 47 ff., S. 253 ff.

nam bei sich zu haben [1]); und besonders wird Dieß für eine Zeit gelten, in welcher Geister- und Wunderglaube allgemein verbreitet ist, wovon wir gerade in Bezug auf das Verbrechen der Tödtung im altdeutschen Rechte so deutliche Spuren finden [2]). Hiezu kommt, daß derjenige, welcher in förmlicher Weise bei dem Leichname Wache hielt, sich eben hiedurch zur That bekannte, mithin die günstige Beurtheilung alles offenen, nicht verheimlichten Handelns für sich hatte; und so erklärt es sich denn wohl auch ohne Beziehung auf das Fehderecht, wie die Germanen dazu kamen, demjenigen, welcher beim Leichname verharrt war, seine Behauptung eines rechtmäßigen Grundes für die Tödtung zu glauben.

Allein diese Vermuthung darf man nun nicht umkehren, so daß sie als unbedingtes Erforderniß der voll bewiesenen Nothwehr betrachtet würde — eine Unrichtigkeit, welche in dem Zugeständniß (z. B. Köstlin's), daß jene symbolischen Formen beschränkende Bestimmungen über den Beweis der Nothwehr seien, jedenfalls nicht genügend abgewiesen ist.

Die lex Ripuariorum tit. LXXVII. unterscheidet ganz bestimmt zwei Hauptfälle: entweder bleibt derjenige, welcher die Tödtung ausgeführt hat, bei dem Leichname, oder nicht; im erstern Falle genügt sein einfacher Reinigungseid, ihn von aller Strafe zu befreien; im andern wird er der Tödtung für schuldig gehalten. Letzteres ist also eine Vermuthung: aber sollte dieselbe nicht durch stärkern Gegenbeweis, insbesondere durch Zweikampf haben widerlegt werden können, was, als

---

1) An diese, so zu sagen, psychologische Seite der Vorschrift hat wohl auch Levita, wie eine Bemerkung auf S. 119 zeigt, gedacht, allein ohne Dieß weiter festzuhalten; denn es paßt dazu nicht die S. 127 aufgestellte Behauptung, daß das genante Erforderniß nach dem Verschwinden des Fehderechts ein bedeutungsloses geschichtliches Ueberbleibsel gewesen sei.

2) s. z. B. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 930, 931.

sonst geltendes Recht, nicht gerade auch an dieser Stelle erwähnt zu werden brauchte —? Oder, wenn auch der Verfasser des Rechtsbuches den Gegenbeweis ausschließen wollte — ist es glaublich, daß das Volk selbst in seiner Rechtsübung Dieß gethan habe, während man doch, wie der folgende Satz der Stelle darthut, die (vielleicht sogar vor Zeugen geschehene) äußere Thatsache der Tödtung selbst mit Eideshelfern abläugnen ließ? —

Das Gegentheil wird wohl auch durch die Vergleichung mit dem Sachsenspiegel bestätigt. Derselbe läßt nach II. 14 (vergl. mit I. 64 und weiterhin 63) denjenigen, welcher sich auf Nothwehr beruft, von aller strafrechtlichen Verantwortung frei, woferne er den Todten beredet, d. h. des Friedebruchs anklagt und durch den Eid mit sieben Helfern, beziehungsweise durch den Zweikampf gegen einen Verwandten des Entleibten überführt; und dieses Bereden, welches sich noch ganz an die uralte Auffassung der Selbsthülfe als Geltendmachung der Friedlosigkeit vor dem Urtheile anschließt, befreit selbst dann von aller Strafe, wenn es, so zu sagen, im Wege der Widerklage geltend gemacht wird, nachdem der Urheber der Tödtung unterlassen hatte, den Leichnam aus freien Stücken vor Gericht zu bringen und zuerst von den Verwandten des Entleibten verklagt worden war.

Im Uebrigen kann in Beziehung auf die angeführten Stellen des Sachsenspiegels jetzt durchaus auf Sachße's Werk „über „das Beweisverfahren nach deutschem ...... Rechte des Mit„telalters" S. 240—248 verwiesen werden.

Indessen ist über den Fall, daß der Urheber der Tödtung den Gegner des Friedebruches beredet, und im Zweikampfe obsiegt, gegen Levita einer-, und Zöpfl andererseits noch eine Bemerkung beizufügen. Ersterer läßt hier unbedingt diejenigen, welche den „Todtschläger" mit Unrecht kämpflich gegrüßt haben, alsdann Wette und Buße zahlen, wenn der Letztere den Leichnam aus

freien Stücken vor Gericht gebracht hatte (S. 130 u.), erwähnt aber für den Fall, daß die Magen mit ihrer Klage den Anfang gemacht haben, Nichts von einer solchen Folge.

Allein gewiß mußte sie auch hier eintreten, und umgekehrt im erstern Falle ausgeschlossen sein, wenn zuerst der den Todten Beredende sich zum Kampfe angeboten, mithin der Verwandte des Entleibten nicht sowohl gefordert, als vielmehr sich nur der allgemeinen Forderung des Gegners gestellt hatte. Auf letztern Fall paßt auch nicht die von Lev. angef. Stelle Sachsensp. I. 63. §. 4.

Noch viel weniger aber kann man mit Zöpfl (S. 150) unter demjenigen, welcher zahlen soll, den Urheber der Tödtung verstehen; denn einmal wäre es im Falle von I. 63 §. 4, worauf allein diese Behauptung gestützt werden könnte, und wo nicht einmal von einem Streit über Dasein der Nothwehr, sondern vom gerichtlichen Zweikampfe in Strafsachen überhaupt die Rede ist, höchst widersinnig, daß derjenige, dessen Unschuld sich durch das Gottesurtheil herausgestellt hat, zahlen solle; sodann aber sagen die betreffenden Worte jenes §. 4 offenbar gar nichts Anderes, als, ganz mit denselben Worten, der auch von Levita hier angeführte §. 5 des 51sten Artikels in demselben Buche.

Auch in einer andern, jedoch minder wichtigen Beziehung vermag ich Levita's Ansicht nicht beizutreten: nämlich darin, daß der den Todten Beredende den Beweis gegen denselben in Ermanglung der gehörigen Zahl von Eideshelfern durch bloßen Scheinkampf habe führen können. Dieß begründet Levita damit, daß er das Anfangswort des 64sten Artikels („süs" = so) bloß auf den Schluß des Art. 63 §. 5, statt (wie dieß Sachße a. a. O. S. 246 mit Recht thut) auf den ganzen letztgenannten Artikel und also den gerichtlichen Zweikampf überhaupt, bezieht. Allein hiezu haben wir nicht die ge-

ringste nöthigende Veranlassung; vielmehr ist es nicht nur innerlich höchst unwahrscheinlich, daß man den Todten, der nicht kämpfen konnte, einem ungehorsam Ausbleibenden gleich behandelt habe, sondern Levita's Auslegung wird auch unmittelbar dadurch widerlegt, daß es im weitern Verlauf des 64sten Artikels von dem sich zum Kampfe erbietenden Verwandten des Entleibten nur heißt, er verlege den Eid mit Helfern, nicht aber auch (wie Levita willkürlich hinzufügt) den Scheinkampf.

§. 6.

Durch das in den §§. 4—5 Vorgetragene und Angeführte haben gerade die wichtigeren und einer ältern Zeit angehörenden Stellen, welche für die angebliche Bußwürdigkeit der Nothwehr angeführt zu werden pflegen, ihre anderweitige Auslegung gefunden, und es bleiben daher als unverwerfliche Zeugnisse dafür, daß jene Auffassung im deutschen Rechte da und dort vorkam, nur noch Bestimmungen späterer Stadt- und Landrechte übrig, welche da, wo sie mit den anderen Quellen im Widerspruche stehen, nicht als die ächten Zeugnisse des eigenthümlichen germanischen Rechtsgeistes betrachtet werden können.

Solche Stellen sind von Köstlin S. 79 Anm. 6 (in den Worten: „Rechtsb." u. s. w.), S. 80 Anm. 4 und von Levita S. 108—110, 113—118 angeführt und in ihrer wahren, untergeordneten Bedeutung richtig gewürdigt. Unter denselben Gesichtspunkt im Allgemeinen fallen die Vorschrift der hessischen Halsgerichtsordnung von 1535 Art. 94, daß Tödtung in Nothwehr je nach dem Ermessen des Richters bürgerliche Strafe nach sich ziehen könne und ein Gesetz für Dithmarschen von 1554, welches für diesen Fall sogar Schwertstrafe vorschrieb [1]).

---

1) s. Falck, schlesw.-holstein. Privatr. S. 799. — Jene maaßlos

Wenn nun gleich nach dem Bisherigen feststeht, daß das Recht des deutschen Mittelalters im Großen und Ganzen die Rechtmäßigkeit der Nothwehr und sogar ein weit über deren Gränzen hinausgehendes Recht der Selbsthülfe anerkannte, so darf man doch, wie ich glaube, andererseits auch nicht mit Hälschner [1]) für jenes mittelalterliche Recht einen so weiten Umfang der gestatteten Selbsthülfe behaupten, daß, wie nach der ältern, schon in den deutschen Volksrechten und Kapitularien überwundenen Sitte, jeder auf frischer That ertappte Verbrecher unter allen Umständen der rächenden Gewalt des Verletzten preisgegeben gewesen sei.

Schon oben, S. 187 ist dargethan worden, daß Dieß aus Sachsenspiegel I. 64 und Schwabenspiegel I. 79 Nr. IV. b. nicht folgt; dasselbe gilt aber auch von Sachsenspiegel II. 69, worauf sich Hälschner beruft; denn an dieser letztern Stelle ist unter dem Friedebrecher, gegen welchen das Tödtungsrecht bestand, nicht jeder Missethäter überhaupt verstanden, sondern jenes Wort, wie in II. 13 § 5, im engern Sinne gebraucht, d. h. für denjenigen, welcher einem besonders gebotenen oder gelobten Frieden gewaltsam zuwiderhandelt. Dieß geht aus dem Zusammenhang, in welchem der angef. Titel 69 steht, insbesondere aus II. 66 und II. 71 § 1 hervor, — welche beiden letzteren Stellen Hälschner selbst mit Recht auf den Friedebrecher in jenem engern Sinne bezieht.

---

harte Bestimmung erklärt sich aus dem Streben nach Abschreckung, welches die ganze damalige schleswig-holsteinische Gesetzgebung über Todtschlag beherrschte und um dieselbe Zeit (1556) in einem andern Bezirke desselben Landes wenigstens die Beseitigung der bisher üblichen Composition und Fehde bei (rechtswidrigem) Todtschlag überhaupt durch die nunmehr festgesetzte Todesstrafe bewirkte (s. das bei Falck a. a. O. genannte und in de Westphalen's monum. inedita II. S. 539 abgedruckte Gesetz für das Bodesholm'sche Gebiet).

1) Preuß. Strafrecht Bd. I. (1855) S. 25.

Abgesehen aber von der Tödtung dieses Friedebrechers war wohl auch im Sinne des Sachsenspiegels das Recht des Verletzten, den ertappten Verbrecher sofort zu tödten, auf die Bedingung eingeschränkt, daß entweder Nothwehr begründet war oder der Verbrecher seine Ergreifung durch Flucht oder Widerstand unmöglich zu machen suchte: denn diese Bedingung kehrt (abgesehen von den ältesten nordischen und einigen angelsächsischen Gesetzen) in allen germanischen Quellen wieder, so daß es sich gewiß rechtfertigt, sie auch in das Recht des Sachsenspiegels hereinzudenken, zumal da wir ja auch hier kein erschöpfendes Gesetzbuch vor uns haben.

Allein mit jener Bedingung ist die Selbsthülfe gegen den Verbrecher noch nicht (wie dieß Abegg Unters. S. 267 von der Rache gegen den Dieb sagt) „im Ganzen auf die Gränze des Unvermeidlichen zur eigenen Vertheidigung" eingeschränkt; denn erstens ist schon das Festnehmen der Person ein über die Nothwehr hinausgehender Eingriff in deren Freiheit, und sodann war die Tödtungsbefugniß nicht einmal durch Unmöglichkeit des Fangens und Bindens, sondern nur durch den Versuch des Verbrechers, sich demselben zu entziehen, bedingt.

Soweit nun die erlaubte Selbsthülfe — als Rache und Nothwehr — ging, in ebenso großem Umfange waren auch Andere befugt (unter Umständen sogar verpflichtet) bei der Ausübung jenes Rechtes dem Bedrohten oder Verletzten beizustehen.

Gragas, Vigsl. c. 13 (II. S. 18); Ed. Rotharis c. 13.
Leges Henr. I. cap. 82 § 3, cap. 88 § 10.
Lütticher Statut, bei Warnkönig, Lütticher Gewohnh.R. S. 73 c. 10.

— Gesetze, durch welche die ganze im Bisherigen vertheidigte Ansicht eine weitere, gewichtige Bestätigung erhält (s. Köstlin, System S. 78 ob.).

§. 7.

Nicht so vollständig, wie bei den Germanen, läßt sich die alterthümlichste Entwicklung des Rechtes, wie sie sich aus dem Systeme der Selbsthülfe hervorgebildet hat, bei den Römern nachweisen. Doch findet sich auch bei ihnen eine Menge von Spuren, welche — zumal in Verbindung mit der Geschichte des germanischen Rechtes aufgefaßt [1]) — sehr deutlich auf jenes System als das vorherrschende einer der unmittelbaren Erforschung verschlossenen Urzeit hinweisen. Wie die Trümmer von Bauten untergegangener Pelasgergeschlechter ragen solche Ueberbleibsel jenes frühern Zustandes in die Zeit veränderter Anschauungen und Einrichtungen herein; aber zahlreich und bedeutsam genug sind sie, daß es in unseren Tagen einem geistvollen Denker gelingen konnte, aus den Trümmern das Gesammtbild eines Gebäudes herzustellen, dessen Dach im grauen Alterthum und in verschiedener Dauer, aber sicher irgend einmal, jedes Volk indogermanischen Stammes überschattet haben mag.

So bestand denn auch bei den Römern oder ihren Ahnen in der vorgeschichtlichen Zeit, wie wir aus den Zuständen der späteren Jahrhunderte schließen können, das System der Selbsthülfe in weitestem Umfange. Gegen solche Handlungen, welche im Gewohnheitsrecht als Verbrechen anerkannt waren, mußte sich jenes System darin äußern, daß die Vertheidigung und Rache zunächst dem Bedrohten oder Verletzten und seinen Genossen unbeschränkt überlassen war. Wo das ganze Volk als beleidigt erschien, also jedenfalls bei einigen der Verbrechen, welche nachmals öffentlich bestraft wurden, übte das ganze Volk, aber nicht als gegliederte und fest geordnete Gesammt-

---

1) Daß und inwieweit Schlüsse aus der Vergleichung des germanischen mit dem römischen Rechte zulässig sind, hat Abegg, comment. de antiq. Rom. jure crim. §§ 19, 20 gezeigt.

heit, sondern eben nur als die Vielheit (der numerische Inbegriff) der einzelnen Beleidigten die Rache. Letztere war also hier vindicta publica — im Gegensatze zur vindicta privata, welche von den einzelnen zunächst und in ihrem Privatrechte Gekränkten ausgieng [1]).

Die vindicta (oder vindicatio) überhaupt aber begriff unter sich sowohl die tuitio, als die ultio, wie sie denn auch von Cicero mit den Worten beschrieben wird:

„.... vindicatio, per quam vis et injuria, et omnino omne, quod obfuturum est, *defendendo* aut *ulciscendo* propulsatur“ (de invent. rhetor. c. 53). — Vergl. auch Cic. Top. c. 23, orator. partit. c. 12, 37; und unter den Neueren Sanio, observ. ad leg. Cornel. de sicar. S. 21.

Indessen darf man dabei nicht übersehen, daß die übrig gebliebenen Spuren jenes Zustandes noch nicht gleichbedeutend sind mit dem Zustande selbst, und daß namentlich auch bei den Römern in der geschichtlichen Zeit nur die ersteren, nicht der letztere selbst sich vorfindet. Namentlich bestand, soweit die römische Geschichte hinaufreicht, in Strafsachen eine eigentliche Rechtspflege, welche nach allen unseren Quellen von den Königen selbst oder durch Beamte, bisweilen auch — im Falle einer Provokation — von dem regelmäßig, als Gericht versammelten Volke ausgeübt wurde [2]), und jedenfalls ist es wohl zu weit gegangen, wenn Ihering (S. 200) erst die Zeit der XII Tafeln als diejenige bezeichnet, in welcher der Uebergang von der vindicta publica zur organisirten Strafrechtspflege abgeschlossen und die entsprechende Umwandlung der Privat r a c h e in ein System von Privat s t r a f e n noch im Werden begriffen gewesen sei.

---

1) S. Ihering, Geist des röm. Rechts I. S. 122—126, 196—200.

2) S. Platner, quaestiones de jure crim. Romano S. 66, 73—75; Geib, Geschichte des röm. Criminalprocesses S. 15 ff.

Insbesondere erhält das, was als unmittelbare Spur der vindicta publica angeführt wird (Tödtung des homo sacer; Herabstürzung des falschen Zeugen vom tarpejischen Felsen durch das Volk), eine bestimmte Bedeutung in dieser Hinsicht eigentlich erst dann, wenn man damit die Geschichte der römischen vindicta privata und den Entwicklungsgang des germanischen Rechtes in Verbindung bringt.

Dagegen ist allerdings die vindicta *privata* für einige Fälle mit dem alten, Nothwehr und Rache in sich fassenden Umfange noch in den XII Tafeln und im spätern Rechte, namentlich zur Zeit der klassischen Juristen, erhalten geblieben, und Einzelnes, was unter diesen Gesichtspunkt fällt, findet sich — freilich durch bedeutende Beschränkungen eingeengt — selbst in Justinians Rechtsbüchern.

Die vindicta überhaupt hatte, wie schon oben bemerkt worden ist, zwei Seiten: Vertheidigung gegen einen drohenden, und Vergeltung für einen vollendeten Angriff.

Darauf, daß sie auch im letztern Sinne, wenigstens zu einer Zeit, aus welcher wir keine unmittelbaren Nachrichten mehr haben, bei den Völkern Italiens ebensowohl galt, wie bei den Germanen (s. ob. S. 176 ff.), weist mit Bestimmtheit einerseits das System der Privatstrafen, andererseits dasjenige hin, was sich über Talion in den zwölf Tafeln und außerdem in der offenbar irgend einem altitalischen, wenn auch nicht gerade römischen Rechtsquelle angehörenden Satze

> „si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur" [1])

erhalten hat. Indem nämlich diese Formel dem nächsten Ver-

1) Priscianus, art. grammat. lib. VI. S. 710 (aus dem 4. Buche von Cato's Origines). — S. Dirksen, Uebersicht der bisher. Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente; Platner, quaestiones (1842) S. 67 unten, 68 oben.

wandten, die XII Tafeln dem Beschädigten selbst bei gewissen Körperverletzungen die Wiedervergeltungsstrafen anheimgeben, befindet sich hier offenbar der Rechtszustand auf demjenigen Punkte, auf welchem die Ahndung des Verbrechens eben erst von der Rache in die Strafe übergegangen ist; sie hat zwar die wesentlichen Merkmale der letztern, trägt aber in ihrer Vollstreckung und in der Beschaffenheit des Leidens, welches den Schuldigen treffen soll, Züge an sich, welche so unverkennbar von der Rache herstammen, daß die Strafe der Sache nach nichts Anderes ist, als eine durch gerichtlichen Ausspruch gestattete Rache (ähnlich wie die Verletzung des Friedebrechers im alterthümlichsten germanischen Rechte).

Ebenso zeigt sich der Uebergang von der Rache zur Strafe auf eine noch an die erstere erinnernde Weise vollzogen in der Privatstrafe, welche von Anfang an als bloße Thatsache, als Abfindung für die unterlassene Ausübung der Rache im einzelnen Falle vorkommt, sodann aber — und zwar im römischen Rechte schon seit dem Anfange seiner Geschichte — als rechtliches Surrogat der Rache, als Gegenstand gerichtlicher Geltendmachung, als wahre Strafe erscheint. Dieser Entwicklungsgang, vermittelst dessen sich die Privatstrafen aus der Rache herausgebildet haben, läßt sich zwar in den römischen Quellen nicht so unmittelbar erkennen, wie in den germanischen; gleichwohl muß er gewiß auch für die Urgeschichte des römischen Rechtes angenommen werden — worüber es genügen mag, auf Abegg's, Köstlin's und Ihering's [1]) Ausführungen zu verweisen.

---

1) *Abegg*, de antiquiss. R. j. crim. §. 42 a. E.; Köstlin, über Mord und Todtschlag S. 23 ff., Ihering, Geist des röm. Rechts I. S. 125 ff. — Mit dieser geschichtlichen Ableitung ist jedoch natürlich nicht geläugnet, daß die Privatstrafen auch — jedoch, wie ich glaube, nur bei einem Verbrechen, dem der Ehrenbeleidigung — ihre allgemeine Berechtigung haben. Vergl. Wächter, sächs. Strafrecht (1857). S. 69 ff.

Die öffentlichen Wiedervergeltungs-, wie die Privatstrafen zeigen uns ein ordnendes Eingreifen des Gemeinwesens in das System der Selbsthülfe: hier wird die Rache auf ein Surrogat, dort auf strenge Gleichheit mit der Verletzung zurückgeführt, in beiden Fällen aber die Ahndung des Verbrechens von einem vorausgegangenen gerichtlichen Erkenntniß abhängig gemacht, mithin der bloßen Willkühr des Verletzten entzogen.

Eben hiemit nun mußte der Unterschied zwischen Vertheidigung und Rache sich nothwendig von selbst aufdrängen. Die letztere ging nach und nach fast ganz in der Strafe unter; die erstere dagegen mußte dem Einzelnen unbedingt so weit gestattet bleiben, als sie wahre Vertheidigung ist, und gerade diese Fälle eigentlicher Vertheidigung, also auch Verletzungen, welche in derselben dem Angreifer zugefügt wurden, mußten um so häufiger vorkommen, je weniger für den Schutz der Rechte und der öffentlichen Ordnung durch Staatsanstalten gesorgt war. Es hat sich aber die Rechtspolizei, die Sorge des Staats für den Schutz der Einzelnen in ihren Rechten, überall, und so auch in Rom, weit langsamer ausgebildet, als seine richterliche Thätigkeit, — nicht als ob den alten Republikanern (wie man dieß häufig auffaßt) polizeilicher Zwang als unerträglich erschienen wäre [1]), sondern aus den näher liegenden Gründen, daß es einerseits nicht ein ständiges, gegliedertes Beamtenthum gab, dessen Bestehen gerade für diesen Zweig der Staatsthätigkeit so ziemlich unerläßliche Bedingung ist, und andererseits, zum Theil ebendeßhalb, der Thatkraft des wehrhaften Mannes und seinem Eifer für die allgemeinen Angelegenheiten Vieles

1) Ein höchst auffallendes Beispiel des Gegentheils s. in Plutarch's Kamillus cap. 2 (die Erzählung über die gezwungenen Heirathen).

anvertraut werden konnte und mußte, was nicht für ihn als Einzelnen, sondern lediglich für den Staat und das Bestehen der Rechtsordnung Bedeutung hatte.

Unter diesen Umständen aber ist es ferner sehr begreiflich, daß in einzelnen Fällen selbst eine weiter gehende, als die auf bloße Vertheidigung beschränkte Selbsthülfe auch gegen die Person des Verbrechers gestattet blieb: denn der Mangel einer geordneten Rechtspolizei hatte nothwendig die Folge, daß dem Einzelnen nicht bloß die Vertheidigung seines Rechtes, sondern in der Hauptsache auch die ganze Vorbereitung zur gerichtlichen Verfolgung des Verbrechers, der ihn beschädigt oder zu beschädigen versucht hatte, überlassen war. Wer einen Missethäter auf frischer That ertappte, hatte nicht, wie h. z. T., einen Diener der Polizei in der Nähe, den er sofort zur Festnehmung des Straffälligen aufrufen konnte; dem Verletzten selbst lag es also zunächst ob, sich der Person seines Gegners zum Zwecke der gerichtlichen Verfolgung zu versichern, und so mußte denn eigenmächtige Gewalt gegen den Verbrecher jedenfalls in dieser Richtung gestattet sein. Ausdrücklich finden wir die Befugniß den Verbrecher eigenmächtig zu überwältigen und festzuhalten, wenigstens bei einigen, in dieser Frage besonders wichtigen Verbrechen, furtum und adulterium, durch das ganze römische Recht hin aufgestellt, ohne daß Dieß an die uns so geläufige Bedingung gebunden wäre, daß keine wirksame obrigkeitliche Hülfe habe angerufen werden können; denn — von Anderem abgesehen — war eben dieser Mangel obrigkeitlicher Hülfe in den römischen Verhältnissen der gewöhnliche Fall.

Allein selbst im späteren römischen Rechte galt, wie sich unten ergeben wird, die erlaubte Selbsthülfe wenigstens gegenüber von den beiden, so eben genannten Verbrechen noch in weiterem Umfange; es haben sich hier, theils noch bei Justinian,

theils jedenfalls bis zum zweiten und dritten Jahrhundert nach Chr., ungeachtet der Unterscheidung zwischen ultio und defensio, einige Rechtssätze erhalten, welche die alte vindicta privata noch in ihrem vollen, jene beiden Begriffe gleichmäßig in sich enthaltenden Umfange hervortreten lassen: nämlich die Bestimmungen über Tödtung des auf der That ertappten Ehebrechers und nächtlichen Diebes und Räubers.

Ein solches Fortbestehen einer in allen übrigen Verhältnissen durch die vorgeschrittene Ausdehnung der Staatsthätigkeit verdrängten, rechtmäßigen Selbsthülfe konnte aber nicht befremden, da diese Erscheinung dem allgemeinen Wesen der Rechtsbildung, zumal der römischen, vollkommen entspricht: denn wie in der Natur die Gattungen neben einander, so pflegen in der Rechtsgeschichte die Zeiträume in ihrer Folge nach einander nicht mit den scharf gezeichneten Abschnitten zu erscheinen, welche der nach Verstandesbegriffen ordnende Forscher hineinträgt: in der Geschichte, wie in der Natur „sind nicht Linien"; überall finden sich auch hier Uebergänge, Vorbildungen des neuen Zustandes in dem alten, Nachwirkungen des alten in dem neuen. Daß Dieß aber von der Entwicklung des römischen Rechtes gerade vorzugsweise gilt, ist eine allbekannte Thatsache, welche fast in jeder einzelnen Lehre des Privat-, wie des Strafrechtes, und so namentlich auch in der Frage, die uns hier beschäftigt, hervortritt.

Wenn auch sonst die Gedanken, welche bestimmten Rechtssätzen zu Grunde liegen, am Besten durch Verfolgung derselben in ihre ersten Anfänge aufgehellt werden können: so trifft Dieß besonders in der Lehre von der Nothwehr zu, weil die Römer sich bei der Ausbildung dieser Lehre sichtlich eng an dasjenige angeschlossen haben, was nach den XII Tafeln über einen der

noch stehen gebliebenen Fälle von *vindicta privata* (die gestattete Eigenmacht gegen den *fur*) galt.

Indessen ist es in unseren Tagen wiederholt bezweifelt worden, daß die Befugniß, den fur und den Ehebrecher zu tödten, in der geschichtlichen Zeit je einen größern Umfang gehabt habe, als den der eigentlichen Nothwehr, und für die gegentheilige Behauptung sind gerade in einigen der neuesten Ausführungen, welche sich mit diesen Gegenständen beschäftigen, Gründe vorgebracht worden, deren eingehende Besprechung sich schon darum rechtfertigen wird, weil ihnen eine solche bis jetzt wenigstens öffentlich nicht zu Theil geworden ist, und weil diese Erörterung mit der Grundansicht nicht nur über die Geschichte der Nothwehr, sondern auch über die Ausgangspunkte der gesammten römischen Rechtsentwicklung im engsten Zusammenhange steht. Beseitigt man nämlich, wie dieß namentlich Platner thut, durch jene einschränkende Erklärung die im geschichtlichen Rechte noch vorkommenden Erscheinungen der alten vindicta, so fehlt es der ganzen Annahme, daß auch das römische Recht sich aus einem System der Selbsthülfe herausgebildet habe, an einer ihrer wichtigsten Grundlagen, weil eben jene Fälle der erlaubten eigenmächtigen Gewalt die einzigen zuverlässigen unmittelbaren Ueberbleibsel sind, welche auf den frühern Zustand schließen lassen. So ist es denn gewiß kein nutzloses Bemühen, wenn im Folgenden die in dieser Hinsicht wichtigsten der hierher gehörigen Bestimmungen, nämlich die über die Tödtung des betretenen Diebes, nun auch vom Standpunkte unserer heutigen rechtsgeschichtlichen Anschauungen aus einer nochmaligen Erörterung unterworfen werden sollen.

§. 8.

Ueber die Befugniß, den Dieb zu tödten, ist jetzt die Hauptstelle Cicero pro Tullio §. 47—50. (in Peyron's Ausgabe):

„Atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere, et luce, si se telo defendat. — Furem, hoc est, *praedonem* et *latronem,* luce occidi vetant XII tabulae, cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, *nisi se telo defenderit,* inquit, etiamsi cum telo venerit, nisi utetur telo ac repugnabit, non occidis; quod si repugnaverit endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Quid ad hanc clementiam addi potest? Qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris defendere liceret.“

In Beziehung auf die Tödtung des nächtlichen Diebes werden von Macrobius, ohne Zweifel aus einer verloren gegangenen Stelle des Gellius (noct. Att. VIII. cap. 1) als Worte der XII Tafeln selbst folgende mitgetheilt:

„Si nox furtum factum sit, si im occisit, jure caesus esto“ (Saturnal. I. cap. 4).

Ferner gehören hierher folgende Stellen, welche bei Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragm., S. 564—566, und Abegg, Unters. S. 142—143 Anm., abgedruckt sind:

Gellius noct. Att. lib. XI. cap. 18.

Coll. leg. Rom. et Mosaïc. tit. VII. pr., cap. 2, 3.

Cicero pro Milone cap. 3 (daraus die hierher gehörigen Worte wiederholt in Quinctilian's institut. orator. lib. X. cap. ult.)

Seneca, controvers. lib. X. cap. ult.

Cajus, lib. VII. ad Ed. provinc (D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 §. 1).

Augustinus, quaest. 11 super Exodum.

Aus diesen Stellen geht hervor, daß es nach den XII Tafeln gestattet war, den auf der That ertappten nächtlichen fur, d. h. Dieb oder Räuber, unter allen Umständen, einen bei Tag auf Diebstahl oder Raube Betretenen unter der Voraussetzung eines von ihm geleisteten bewaffneten Widerstandes zu tödten, daß es aber in beiden Fällen demjenigen, welcher dieses Recht ausübte, zur Pflicht gemacht war, dabei ein Geschrei zu erheben.

Hiebei entsteht nun aber eine Reihe von Fragen, theils nach den Bedingungen, theils nach der rechtlichen Bedeutung jener Befugniß zur Tödtung.

§. 9.

Die Verbrechen, gegen welche jene blutige Selbsthülfe gestattet war, sind Diebstahl und Raub.

Zwar sprechen die Quellen vom „fur" überhaupt; daß aber hierunter an diesen Stellen nur die beiden genannten Arten des furtum *rei* verstanden sein können, ergiebt sich wohl aus der Natur der Sache, und aus dem Zusammenhange. Namentlich der Gegensatz zwischen furtum nocturnum und diurnum, und die Voraussetzung des Betretens auf frischer That zeigen wohl entschieden, daß die XII Tafeln hier an Unterschlagung und furtum usus nicht dachten, sondern, nach der Art solcher alten Gesetze überhaupt, mit ihrem kurzen und einfachen Ausdrucke nur die beiden Hauptfälle bezeichnen wollten. Was aber das furtum possessionis betrifft, so war dieser Begriff, welcher immerhin eine größere Manigfaltigkeit der Verkehrsverhältnisse und Rechtsanschauungen voraussetzt, sicherlich nicht schon dem Rechte der XII. Tafeln bekannt,

sondern erst ein Erzeugniß der spätern Rechtsübung und Wissenschaft.

Nicht erschöpfend begründet wird diese Auffassung des Falles, den die XII Tafeln hier im Auge haben, durch die Bemerkung Abegg's, daß die spätere Erweiterung des Begriffs des furtum nur in Verbindung mit dem ausgebildeten Klagensystem und mit der Frage, gegen wen der Verletzte eine Klage anstellen dürfe, erklärt werden könne (Unters. S. 148): denn hiedurch wird für die alte Zeit, welche dieses ausgebildete Klagensystem u. s. w. noch nicht kannte, nur das furtum conceptum und oblatum

Caj. III. 190 ff.

Just. Instit. IV. 1 de obl., quae ex del. §. 4 ff.

ausgeschlossen, nicht aber auch die so eben bezeichneten Verbrechen, welche in der spätern Zeit als Unterarten des furtum hervorgehoben werden.

Zu eng aber wäre es von der andern Seite, wenn man wegen der oben S. 219 angeführten Worte Cicero's

„furem, hoc est praedonem et latronem"

die ganze Tödtungsbefugniß auf den Fall des Raubes beschränken und den des Diebstahls ausschließen wollte. Denn alle anderen Stellen, namentlich auch die von den eigentlichen Rechtsgelehrten der spätern Zeit herrührenden, sprechen allgemein: so auch die Nachricht des Macrobius über die Worte der XII Tafeln selbst (s. ob. S. 219). Es haben nun aber nach allen Nachrichten der Alten die XII Tafeln unter dem furtum den Diebstahl jedenfalls mit begriffen; ja, schon die Abstammung jenes Wortes (von fero) weist offenbar gerade vorzugsweise auf dieses Verbrechen hin, und ganz bestimmt neben einander sind in Bezug auf unsere Frage der Dieb und Räuber von Gellius, noct. Att. XX. 1, genannt.

Auch will Cicero an jener Stelle keineswegs eine er-

schöpfende, wissenschaftlich richtige Begriffsbestimmung des furtum geben; vielmehr legt er dort seinem Gegner, indem er denselben vom Partei-Standpunkte aus reden läßt, eine bloß den äußersten Fall hervorhebende Ausführung in den Mund, welche Cicero selbst wohl absichtlich in ihrer Schroffheit und Einseitigkeit heraushebt oder gar übertreibt, um sie desto sicherer mit seinen meisterhaft gehandhabten Antithesen unter dem Beifallssturme der Corona niederzukämpfen.

Aus demselben Grunde aber darf man auch nicht auf Cicero's weitere Worte „intra parietes tuos“ und „domi suae“ zu viel Gewicht legen und nicht etwa, wie Dieß Manche unserer Gelehrten [1]) wollen, aus ihnen den Schluß ableiten, daß der Dieb gerade im Hause des Bestohlenen (genauer: des Bestohlenen oder Bedrohten) betreten worden sei.

Dieß könnte ja nur vermöge eines arg. e contrario aus der Stelle gefolgert werden, und ein solches argumentum wäre nur dann zuläßig, wenn Cicero dort erschöpfend alle Fälle jenes Tödtungsrechtes hätte anführen wollen; alsdann dürfte man aber auch nicht, wie doch Alle, auch die Angeführten, wollen, den bloßen Dieb, sondern nur den Räuber hieher stellen. — Alle übrigen Zeugnisse aber sprechen, wie schon bemerkt, allgemein vom fur, und überdieß läßt sich gar kein genügender Grund denken, warum dasselbe Recht nicht auch in andern Fällen, als bei Betretung im Hause, gegolten haben sollte — z. B. gegenüber von demjenigen, welcher einen nächtlichen Getraidediebstahl verübt und deßhalb nach den XII Tafeln sacratio capitis verwirkt hatte. Wäre das Urtheil gegen ihn gesprochen gewesen, so hätte er von Jedem straflos

---

1) z. B. Abegg a. a. O. S. 145; Schröter, in Schunk's Jahrbüchern Bd. IV. S. 33 Ziffer 2; Platner, quaestiones (1842) S. 70.

getödtet werden können; liegt es nun nicht nahe, für eine Zeit, in welcher die alte rechtliche Bedeutung der Selbsthülfe und das Sacralstrafrecht noch nachwirkten, und zugleich für dasjenige Verbrechen, bei welchem diese beiden Momente noch in den geltenden Rechtssätzen der geschichtlichen Zeit hervortreten, anzunehmen, daß der bedrohte oder bestohlene Eigenthümer auch ohne vorausgegangenes Urtheil gegen den Schuldigen gerade so habe verfahren dürfen, wie es dem Germanen im alterthümlichsten Rechte gegenüber von einem durch das Verbrechen selbst friedlos Gewordenen allgemein gestattet war —?

Und wenn gleich für jene Beschränkung allerdings angeführt werden kann, daß gerade die Verletzung des Hausrechtes bei der Gestattung jener Tödtungsbefugniß wesentlich in Betracht gekommen sei, so lassen sich doch andererseits für die Annahme, daß dasselbe Recht auch auf dem freien Felde habe ausgeübt werden dürfen, ebenso gewichtige Gründe denken. Insbesondere war ja gerade im letztern Falle Unterstützung Anderer, welche zur Abwehr oder Ergreifung des Diebes oder Räubers hätten behülflich sein können, noch viel weniger zu erwarten, als in der Stadt, mithin für die Ausübung der Selbsthülfe die Wahl der Mittel — namentlich auch in Rücksicht auf das Maaß und die Folgen der anzuwendenden Gewalt — eine viel beschränktere. Ja, es giebt sogar das spätere Recht für die obige Meinung wenigstens einen Anhaltspunkt, indem es das Tödtungsrecht gegen nächtliche Plünderung auf freiem Felde unumwunden noch in einer Zeit anerkennt [1]), in welcher man längst angefangen hatte, daran zu zweifeln, ob sie gegenüber dem im Hause betretenen

---

1) C. J. III. 27 quando liceat cst. 1. (Th. C. IX. 14. ad leg. Cornel. de sicar. cst. 2).

Diebe noch bestehe, und ihre schrankenlose Ausübung im letztern Falle zu mißbilligen, wo nicht zu verbieten.

Wo nun aber gegen den Dieb oder Räuber das Tödtungsrecht sollte ausgeübt werden dürfen, da mußte derselbe auf der That selbst betreten sein.

Dieses Betreten des fur kommt bekanntlich im römischen Recht auch in einem andern Zusammenhange mit rechtlicher Bedeutung vor: bei den Definitionen des furtum manifestum und nec manifestum; und von den verschiedenen Ansichten, welche bei dieser letztern Gelegenheit über das von rechtlichen Wirkungen begleitete Betreten, deprehendere, aufgestellt wurden (s. Caj. III. 184), ist sichtlich die von Cajus zuerst angeführte, streng wörtliche („manifestum furtum id „esse, quod dum fit, deprehenditur") zugleich die alterthümlichste, welcher auch die strenge Strafdrohung der XII Tafeln für furtum manifestum (Caj. III. 189), und gerade in Beziehung auf die eigenmächtige Tödtung die Analogie dessen entspricht, was zu der rechtmäßigen Tödtung des Ehebrechers gefordert wurde; denn der Letztere durfte, wie uns ausdrücklich gesagt wird, nur alsdann getödtet werden, wenn er auf der Ausübung des Verbrechens selbst ertappt worden war.

Andererseits aber bestand die Befugniß der sofortigen Tödtung in einem Falle, in welchem das spätere Recht kein furtum manifestum annahm, nämlich beim Raube (s. ob.), und hieraus folgt dann weiter, daß man zur Zeit der XII Tafeln wirkliches deprehendere nicht für unvereinbar mit dem Raube hielt, denselben vielmehr, je nach den Umständen zum furtum manifestum rechnete.

Eben hiedurch aber wird die obige Behauptung, daß die XII Tafeln das furtum manifestum noch in der engsten Bedeutung, der des Betretenwerdens auf der That selbst, nehmen, zur vollen Gewißheit erhoben: denn erst nach den

XII Tafeln — weil diese den Raub noch als mögliches f. manif. gelten lassen — aber vor den Ausdehnungen, welche der Begriff des furtum manif. erhielt, muß die Ansicht entstanden sein, daß der Raub niemals zum letztern gehören könne [1]). Diese letztere Ansicht muß aber jedenfalls um die Zeit Sulla's die herrschende gewesen sein; denn nur vier Jahre nach der lex Cornelia repetundarum [2]) wurde von M. Lukullus die

1) Da die obigen Sätze zum Theile auffallen könnten, muß ich mir hier zu ihrer Begründung einige weitere Bemerkungen gestatten. In den auf uns gekommenen römischen Rechtsquellen wird der Raub, wo er ausdrücklich unter den Gesichtspunkt des furtum gestellt ist, unbedingt zum f. nec manif. gerechnet. Dieß erklärt sich daraus, daß das Wort „deprehendere“ nicht etwa mit „Antreffen“ überhaupt gleichbedeutend ist, sondern ein actives Auftreten mit dem Willen des Angreifens, Verfolgens in sich schließt (s. Abegg, im N. Arch. 1833 S. 444 ff.). Die Ansicht aber, daß beim Raube eigentliches deprehendere nicht möglich, also furtum manifestum nie anzunehmen sei, konnte sich nur bilden, so lange man das Letztere noch in seiner engsten, ältesten Bedeutung auffaßte. Die Erwägung, daß es an dem rechtlich entscheidenden deprehendere beim vollendeten Raube stets fehlen müße, konnte nur entstehen, so lange das deprehendere bei der Verübung des Verbrechens selbst geschehen sein mußte, um ein furtum manif. zu begründen; damals nämlich, aber auch nur damals, konnte man sagen, es fehle von Seite desjenigen, welcher vom Räuber eben in der Ausführung des Verbrechens selbst überwältigt worden war, in dem Zeitpunkte, von welchem es abhieng, ob furtum manif. anzunehmen sei oder nicht, an jenem Auftreten, welches immerhin die nicht ganz ungegründete Vorstellung einer Ueberlegenheit voraussetze. Den Räuber, welcher bei der Verübung des Verbrechens („dum furtum fit“) den Widerstand überwunden hatte, konnte also selbst ein nachfolgender übermächtiger Angriff, ja nachherige gänzliche Ueberwältigung nicht mehr zum fur manifestus machen. Anders hätte eigentlich in der spätern Zeit gemäß dem erweiterten Begriffe des furt. manif. nach Umständen entschieden werden sollen; allein Dieß geschah nicht — wohl deßhalb, weil in der Zwischenzeit die actio vi bonorum raptorum und öffentliche Strafen des Raubes neu eingeführt worden waren, so daß dessen Stellung unter die schwerere Art des furtum jetzt nicht mehr als Bedürfniß erschien.

2) s. Rudorff, in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XII. S. 149, 150.

actio vi bonorum raptorum eingeführt, mit welcher bloß eine geringere Privatstrafe, als mit der actio furti manifesti gefordert werden konnte [1]; und ganz gewiß können wir von einer Zeit, in welcher es gerade das Hauptbestreben der Gesetzgebung war, der eingerissenen Gewalt und Eigenmacht, namentlich dem Banditen-Unwesen, zu steuern, nicht annehmen, daß sie die Strafe des Raubes, wenn auch nur für eine Gattung desselben, herabgesetzt habe.

§. 10.

Wie schon oben bemerkt worden ist, war es demjenigen, welcher in den gesetzlich erlaubten Fällen den Dieb oder Räuber tödtete, zur Pflicht gemacht, hiebei ein Geschrei zu erheben. „Endoplorato“ sagen die XII Tafeln, und Cicero erklärt Dieß: „hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant.“

Der Zweck dieser Vorschrift war nach Cicero der, für unbetheiligte Zeugen zu sorgen, welche die thatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Tödtung sollten darthun können. Diesen Sinn hat der Satz:

> „qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris defendere liceret.“

Derselbe Zweck dieser Verpflichtung ist in dem Worte „testificari,“ dessen sich Cajus bedient (s. D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 § 1), ausgesprochen. — Daneben aber konnte noch eine andere Bedeutung jenes Geschrei's recht wohl bestehen: nämlich die, Leute zur Hülfe herbeizuziehen, und auf die letztere vorzugsweise deutet die Erklärung des Festus [1]) hin:

1) s. I. IV. 2 de vi bon. rapt. pr. vergl. mit IV. 1 de obl. quae ex del. § fin. — in welcher letztern Stelle sich freilich die Worte „Ridiculum est“ u. s. w. sonderbar ausnehmen, da ja gerade das von Justinian gerügte Verhältniß auch nach seiner Gesetzgebung zwischen den Privatstrafen des Raubes einer- und des furtum manifestum andererseits bestand.

„*Endoplorato* implorato, quod est cum questione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis.“

In beiderlei Sinn aber kann das Geschrei ebensowohl bei der Ausübung einer anderweitigen, erlaubten Selbsthülfe, als bei der Nothwehr vorkommen — wie denn ja auch das die Verfolgung des Verbrechers bezweckende Klagegeschrei des altdeutschen Rechtes ein Hülfe- und bisweilen ein eigentlicher Weheruf war [2]). Man darf also nicht, wie es Platner (quaestiones S. 70) will, aus jener Verpflichtung zum Schreien Etwas für die beschränktere Auffassung des Tödtungsrechtes als eines bloßen Ausflusses der Nothwehr ableiten.

Es ist nun eine viel besprochene und bestrittene Frage, ob jenes Geschrei allgemein, oder nur für den Fall vorgeschrieben gewesen sei, daß ein bei Tage betretener, sich mit einer Waffe vertheidigender Dieb oder Räuber getödtet wurde [3]), und in dieser Frage, welche immerhin ihren geschichtlichen Werth hat, nehme ich keinen Anstand, der sie im erstern Sinne beantwortenden Ansicht Platners beizutreten, ohne daß jedoch hiemit seine weitere, so eben bezeichnete Folgerung zugegeben sein soll.

Es sagt uns nämlich Cajus:

„Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, *ut tamen id ipsum cum clamore*

---

1) In den Excerpten des Paulus Diac. unter dem Worte „endoplorato“ (Ausgabe von Müller S. 77).

2) s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 876—878, 633—634.

3) Die neuesten Zusammenstellungen und Beurtheilungen der verschiedenen Ansichten über diese Frage s. bei Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragm. S. 567—569, und in der Gröninger Dissertation: Cannemann disputat. jur. inaug. de furto nocturno (1825) S. 30—40; Einiges auch bei van Imhoff, spec. jur. inaug. de furtis (Groningae 1824) S. 39—40, bes. S. 40 Anm. und M. des Amories v. d. Hoeven, spec. jur. de furt. etc. (Amstel. 1845) S. 27—35.

testificetur; interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aeque cum clamore testificetur (D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 § 1). Nach dieser Nachricht also war das Schreien für beide Fälle zur Pflicht gemacht. Alle anderen Stellen dagegen erwähnen es nur in Bezug auf die Tödtung des bei Tage betretenen Diebes, und da mehrere ausdrücklich sagen, man habe den ertappten nächtlichen Dieb „omnimodo,“ „quoquomodo“ tödten dürfen, so ist hierauf vielfach die Ansicht gegründet worden, daß in der abgedruckten Stelle des Cajus die Worte: „ut tamen id ipsum cum clamore testificetur“ nicht aus dem Inhalte der XII Tafeln selbst herrühren, sondern von Cajus, dem veränderten Rechte seiner Zeit gemäß, selbstständig beigefügt worden seien; und Einige sind sogar so weit gegangen, diesen angeblichen Beisatz den justinianischen Bearbeitern der Pandekten zuzuschreiben.

Die Stelle selbst aber giebt uns dasjenige, was sie sagt, ganz bestimmt als Inhalt der XII Tafeln an, und diese Nachricht darf hier aus eigenthümlichen Gründen für besonders zuverlässig gehalten werden. Der Ansicht nämlich, daß Cajus die angeführten Worte in die Bestimmung der XII Tafeln hereingetragen habe, widerstreitet ebenso sehr die bekannte Vorliebe dieses Schriftstellers für behaglich breite, erzählende Ausdrucksweise, als seine Hochachtung vor dem Alterthume und die Gewissenhaftigkeit, mit welcher er sonst über dasselbe zu berichten pflegt. Wie sollte er gerade in dieser höchst bedeutenden Frage dazu gekommen sein, den XII Tafeln etwas Unrichtiges in den Mund zu legen?

Gegen die andere Meinung, daß jene Worte ein Einschiebsel Tribonian's seien, spricht wohl der Zusammenhang der angef. l. 4 in den Pandekten. Es wird nämlich in der unmittelbar folgenden l. 5 pr. von der Umgestaltung be-

richtet, welche die Befugniß zur eigenmächtigen Tödtung der oft genannten Verbrecher im Laufe der spätern Rechtsentwicklung erlitten habe: warum nun aber hier Justinian's Kommission eine einzelne der späteren Veränderungen — und Dieß wäre nach der obigen Ansicht die Pflicht zum Rufen — nicht zu den andern späteren Bestimmungen gestellt, sondern in den Inhalt der XII Tafeln selbst unrichtig hineingetragen haben sollte, wäre um so unerklärlicher, als die l. 5 pr., wie ihre Vergleichung mit der Coll. leg. Rom. et Mosaic. VII. 3 zeigt, sehr bedeutend interpolirt ist.

Allein es bedarf nicht einmal der bisherigen, gewiß erheblichen Gründe, welche die Annahme eines unwahren und willkührlichen Zusatzes unmittelbar widerlegen; es müßte ja vor Allem diese letztere Annahme positiv hinreichend unterstützt, es müßte ein nöthigender Grund angegeben sein, aus welchem es unmöglich wäre, der Stelle unbedingten Glauben zu schenken. — Sieht man sich aber nach einem solchen Grunde um, so erhält man von allen Seiten keine andere erhebliche Antwort, als eine Hinweisung auf das „omnimodo," „quoquomodo" der übrigen Nachrichten. Allein wenn wir diese Worte genauer betrachten, so werden wir uns leicht überzeugen, daß ihnen nicht die geringste Beweiskraft für die vorliegende Frage beigemessen werden darf. An und für sich genommen, könnten sie eine zweifache Bedeutung haben; entweder könnten sie sagen wollen: man habe den bei Nacht betretenen Räuber und Dieb „auf jede Weise," oder: man habe ihn „unter allen Umständen" tödten dürfen. Daß sie aber hier den letztern Sinn, bei welchem jede Möglichkeit einer Beziehung auf die Pflicht zum Schreien hinwegfällt, haben müßen, ergiebt sich auf's Bestimmteste aus dem Gegensatze, in welchem sie stehen: gerade an den Hauptstellen nämlich bezeichnen sie **ausschließlich** — nicht bloß, wie Abegg

(Unterſ. S. 143 Anm.) ſagt, **zunächſt** — den Gegenſatz zu der Bedingung, daß der Dieb ſich mit einer Waffe vertheidige: ſo bei Cicero, pro Mil. cap. 3, (woraus vielleicht die Nachrichten Seneca's und Auguſtin's geſchöpft ſind [1]), und in der Collat. leg. R. et M. VII. pr., ſowie daſelbſt in Kap. 3. bei Ulpian. Der Sinn iſt alſo kein anderer, als der: den betretenen nächtlichen fur dürfe man unter allen Umſtänden, den bei Tag auf Diebſtahl oder Raub Ertappten dagegen nur unter der Vorausſetzung bewaffneten Widerſtandes tödten; die Worte „omnimodo, "„quoquomodo" ſagen mithin bloß, man dürfe den nächtlichen Dieb auch dann tödten, wenn er ſich nicht mit einer Waffe zur Wehr ſetze, geben über eine Erlaubniß, das Geſchrei zu unterlaſſen, Nichts an die Hand, und vertragen ſich vollkommen auch mit der Annahme einer Verpflichtung zu demſelben.

Ganz in demſelben Sinne (welchem auch das deutſche, übereinſtimmend gebildete „in allweg" entſpricht), iſt „omnimodo" unzweifelhaft z. B. bei Gellius, noct. Att. XVIII. 15 (in den Worten „quod omnimodo quintus semipes verbum finiret") und bei Pomponius, im dritten Buche zu Sabinus (D. XXIX. 2. de A. V. O. H. l. 11 [2]) gebraucht — zum deutlichen Beweiſe, daß obiger Auslegung keine ſprachlichen Bedenken entgegenſtehen.

Ein jedenfalls erheblicherer Zweifelsgrund, als der in dem omnimodo u. ſ. w. geſuchte, könnte in der Wortfaſſung der l. 4. zu liegen ſcheinen. Das ganze Sätzchen „ut tamen id ..... testificetur" lautet ſo, daß es recht wohl von einem

---

1) ſ. Dirkſen a. a. O. S. 569.

2) Die letztere Stelle, in welcher omnimodo gerade auch den Gegenſatz gegen das Gebundenſein an eine negative Bedingung bezeichnet, lautet: „Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit, puberibus autem ita, si se non immiscuerint."

spätern Abschreiber eingeschoben sein könnte. Wollte man nämlich annehmen, Cajus habe bloß geschrieben:

„Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit; interdiu“ .... etc.

so ließe sich denken, wie nach einer später eingetretenen Veränderung der Ansichten und des Rechtes selbst irgend Jemand dazu kommen konnte, das nunmehr Geltende auf dem Rande durch jenes Sätzchen anzudeuten, und wie dann ein Abschreiber dasselbe irrthümlich in den Text selbst aufgenommen hätte. Hiefür könnte geltend gemacht werden, daß bei dieser Annahme das Wort „ipsum“ wenigstens Anfangs eine selbstständige Bedeutung (= auch Dieß) gehabt hätte, während es so, wie die Stelle jetzt lautet, fast überflüssig zu stehen scheint.

Nähme man diese Veränderung an, so müßte, was keinem weiteren Bedenken unterläge — das „aeque“ am Schlusse der Stelle als gleichzeitiges oder späteres Einschiebsel betrachtet werden.

Indessen hat das Wort ipse gerade in solchem Zusammenhange, wie an unserer Stelle, keineswegs nothwendig die Bedeutung, Etwas besonders hervorzuheben (vergl. z. B. Gellius, noctes Att. XVIII. 15 a. E.); und die ganze, zuletzt besprochene Erklärungsweise muß, wie die anderen, von denen im Obigen die Rede war, darum verworfen werden, weil wir durchaus keinen Grund haben, an der Uebereinstimmung der XII Tafeln selbst mit der Angabe unserer Stelle zu zweifeln.

Ich halte es daher für überflüssig, auf die mancherlei Vermuthungen näher einzugehen, mit welchen man die vermeintliche Aenderung des Cajus oder Justinians zu erklären unternommen hat. Am Meisten noch von allen diesen Versuchen hätte für sich die Ansicht, welche van Imhoff [1]) im Anschluß

1) In der Dissertation, welche oben S. 227 angeführt worden ist, S. 39, 40.

an Cujacius [1]), Noodt [2]) und Andere aufgestellt, aber dennoch selbstständig, und besser, als diese seine Vorgänger, durchgeführt hat:

„Die rechtliche Auffassung der Nothwehr habe sich mit der Zeit geändert, und selbst der Wortlaut der XII Tafeln sei überhaupt schon zur Zeit des Gellius nicht mehr recht bekannt und verständlich gewesen; man habe nun aber in der spätern Zeit das jetzt geltende Recht dem Namen nach" („formell" — würden unsere Schriftsteller sagen) „so behandelt, wie wenn es im Gesetze selbst enthalten gewesen wäre."

Man kann hiegegen nicht mit Cannemann [3]) einwenden, daß die Römer in anderen Fragen nicht auf diese Weise verfahren seien; denn es ist ja bekannt, wie sie gerade im Strafrechte die neuen Bildungen der Kaiserzeit mit dem Inhalte der älteren Quellen sehr häufig, der Behandlung und Bezeichnung nach, geradezu in Eins verschmelzen, und so wäre es an sich wohl möglich, daß man auch gegenüber den XII Tafeln einmal ebenso verfahren hätte, wie es den Rechtsgelehrten in Beziehung auf die leges judiciorum publicorum ganz geläufig war [4]). Indessen spricht hiegegen — von allem oben Bemerkten abgesehen — schon der Umstand, daß die Römer, wo es sich um eine jener in das Alte eingefügten Neuerungen

---

1) observat. XIV. 15.

2) probabilia, I. cap. 9; ad legem Aquiliam cap. 5.

3) in der angef. Dissertat. S. 39.

4) s. hierüber Sanio, observat. ad leg. Cornel. de sicar. S. VI., VII.; Wächter im N. Arch. Bd. 13. S. 3, 4, und 76. — Vergl. auch über den ganzen Gang der Rechtsentwicklung, auf welchem das oben Bemerkte beruhte, Marezoll, bürgerl. Ehre S. 123—131; Birnbaum, im N. Arch. Bd. 8. S. 669—688, und ebendas. N. F. 1835 S. 320—329; Luden, Handb. S. 117, 118; Abhandl. Bd. II. S. 142—145; Geib, röm. Crim.-Proc. S. 402—405.

handelt, hierauf durch eine feine Wendung hinzuweisen pflegen [1]), und daß sich in unserer Stelle keine Spur einer solchen Andeutung findet.

Keiner Widerlegung aber bedarf Cannemann's weiteres Bedenken:

„wenn wirklich auch die späteren Veränderungen dem Namen nach den XII Tafeln zugeschrieben worden wären, so hätte nicht Pomponius — wie er es that — an einer von Ulpian (s. Coll. VII. cap. 3) erwähnten Stelle darüber Zweifel äußern können, ob die Bestimmung der Decemvirn über den nächtlichen Dieb noch im Gebrauche sei [2])";

denn an der letztern Stelle handelt es sich ja um das Bestehen des ganzen, auf die XII Tafeln zurückgeführten Tödtungsrechtes in seinem eigenthümlichen Umfange, nicht — wie nach Imhoff's Ansicht bei Cajus — um das bloße Hineintragen einer beschränkenden Vorschrift in das als bestehend vorausgesetzte Recht der XII Tafeln. So weit sind die römischen Rechtslehrer allerdings nie gegangen, einem Gesetze die Abschaffung seiner eigenen Bestimmungen in den Mund zu legen. Aehnliches kommt nur bei Justinian vor (z. B. in D. XXX. de leg. I. l. 1, vergl. mit ihrer Inscriptio), und so nimmt denn allerdings auch Cannemann, um doch schließlich sich selbst für irgend eine Ansicht zu entscheiden, eine Aenderung unserer Stelle durch die Kompilatoren an, welche dabei beabsichtigt haben sollen, den Inhalt derselben mit der durch die Rechtswissenschaft schon herrschend gewordenen mildern Rechtsübung in Einklang zu bringen [3]).

Daß aber dieses Auskunftsmittel nicht nöthig ist und

1) s. Sanio und Wächter a. a. O.
2) a. a. O. S. 39.
3) a. a. S. 40.

schon deßhalb verworfen werden muß, habe ich oben dargethan.

§. 11.

Nach dem bisher Ausgeführten bestand das Tödtungsrecht — ohne Beschränkung auf das Haus, aber mit der Verpflichtung ein Geschrei zu erheben — gegenüber dem bei Nacht auf der Verübung des Verbrechens selbst betretenen Diebe und Räuber unbedingt, gegenüber dem bei Tag auf Diebstahl oder Raub Ertappten alsdann, wenn er sich mit einer Waffe zur Wehre setzte.

Es sind nun, wie ich glaube, schon durch die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung einige der Gründe widerlegt, aus welchen Platner jene Tödtung für einen bloßen Fall der Nothwehr hält.

Platner geht davon aus, es sei die besprochene Befugniß auf Ausübung innerhalb des Hauses beschränkt gewesen, und hierin schon liege ein hinlänglicher Beweis dafür, daß sie nicht zur Ahndung des Verbrechens, sondern (nur) zum Schutze des Hausrechtes gestattet gewesen sei [1]). Allein, wollte man auch jener — übrigens im Obigen widerlegten — Einschränkung beipflichten, so wäre ja hiemit gar Nichts dagegen bewiesen, daß man gerade bei der Wahrung des Hausrechtes über die Gränzen der bloßen Vertheidigung (Nothwehr) habe hinausgehen dürfen, und der hohe Werth, welcher auf die Heiligkeit des Hauses gelegt wurde, mag vielleicht bei den Römern der spätern Zeit dazu mitgewirkt haben, in unserem Falle, in welchem allerdings thatsächlich meist auch das Hausrecht verletzt war, der erlaubten Selbsthülfe noch immer einen Umfang

---

1) quaestiones de jure crim. Rom. S. 70.

einzuräumen, welchen sie gegenüber von fast allen anderen Verbrechen längst verloren hatte [1]).

Daß sodann die Pflicht zur Erhebung eines Geschrei's nicht, wie Platner glaubt, eben nur auf die Nothwehr Bezug hat, ist oben S. 226—227 dargethan worden.

Ferner macht Platner geltend, es lasse sich kein Grund denken, warum die vindicta privata sich in unserm Falle bloß in Tödtung geäußert haben sollte [2]). Allein bei einem uralten Gesetze, welches keine wissenschaftliche Anordnung, keinen allgemeinen Theil, keine allgemeinen Begriffsbestimmungen hat und seine Grundgedanken überall so concret und anschaulich als möglich auszudrücken pflegt, darf man doch gewiß annehmen, daß es da, wo es Tödtung des Verbrechers gestattet, auch eine geringere Verletzung desselben — Verwundung, Festnehmen u. s. w. — nicht bestraft wissen will.

Wollte man aber auch von der gegentheiligen Ansicht ausgehen, daß nach den XII Tafeln gerade nur Tödtung, nicht eine geringere Verletzung des betretenen fur gestattet gewesen sei, so würde Dieß gar Nichts gegen die Beziehung dieses Rechtes auf Rache beweisen; dagegen würde jene Ansicht ganz entschieden die Auffassung desselben aus dem bloßen Gesichtspunkte der Nothwehr, also dasjenige, was Platner darthun will, widerlegen; denn Vertheidigung, Nothwehr kann die Verletzung des Verbrechers eben nur dann und insoweit sein, wenn und inwieweit sie zur Abwehr des Angriffes nothwendig ist; überschreitet der Handelnde dieses Maaß, so ist, was er

---

1) Der Fall, daß der Eigenthümer den nächtlichen Dieb ertappt, wird wohl bei Diebstählen im Hause weit häufiger vorkommen, als bei anderen; und als Urheber der Tödtung haben wir uns doch gewiß vorzugsweise den in seinem Eigenthum Bedrohten, beziehungsweise Verletzten zu denken.

2) a. a. O. S. 70.

weiter thut, nicht Vertheidigung, sondern eben eine weiter gehende Selbsthülfe, also Rache. Mithin gälte Dieß insbesondere von der Tödtung überall da, wo die rechtswidrige Absicht des fur auch auf andere Weise, namentlich durch eine geringere Verletzung vereitelt werden konnte, und es wäre also nach Platner's Prämisse dem in seinem Eigenthum Bedrohten, wofern er sich überhaupt gegen den Verbrecher der Nothwehr bedienen wollte, die Ueberschreitung ihrer Gränzen und Ausübung der Rache nach Umständen sogar zur Pflicht gemacht gewesen: es ergäbe sich also gerade das Gegentheil von demjenigen, was Platner darthun will.

Sanio geht nun zwar hier nicht so weit, wie Platner; doch kommt seine — freilich hier nicht ganz durchsichtige — Erörterung[1]) schließlich, wie es scheint, zu dem Ergebniß, daß die Tödtung des fur gewöhnlich nur als Vertheidigungsmittel, mithin blos unter den Voraussetzungen der Nothwehr, gestattet gewesen sei, und daß in anderen Fällen (in welchen sie zur Rache sollte vollzogen werden dürfen) besondere Bedingungen haben vorhanden sein müßen. Als Bedingung der letztern Art wird sodann beispielsweise der Fall genannt, daß der Dieb nach seiner Ertappung Jemanden getödtet oder verwundet hatte. Gegen die weitere Auffassung des Tödtungsrechtes wendet Sanio ein, daß bei der Rache stets der Grundsatz gleicher Wiedervergeltung beobachtet worden, dieses Maaß aber bei der Tödtung des fur nicht eingehalten sei. Allein jener angeblichen Einschränkung der Rache widerspricht die

---

1) a. a. O. S. 22—23. Zu scharf und deßhalb ungerecht aber ist Platner's Urtheil:

„Sanio in omni hac materia tractanda mire vacillat et nutat, ita ut quaenam ejus sententia sit, vix perspici queat, dum illam furis interficiendi potestatem modo defensionem, modo ultionem putat“ (quaestiones S. 71).

Geschichte (s. z. B. über die Rache des germanischen Rechtes Wilda an dem ob. S. 182 angef. Orte); und auch Abegg, auf welchen sich Sanio beruft, gebraucht an der von Letzterem bezeichneten Stelle (commentat. de antiqu. j. R. cr. §. 25) das Wort talio nur im Sinne von Vergeltung überhaupt, nicht von gleicher Wiedervergeltung — wie schon die Beispiele auf S. 41 zeigen. —

Ueberdieß aber liegt der Mangel an Folgerichtigkeit offen vor, wenn Sanio zuerst zur Rache gleiche Wiedervergeltung verlangt und dennoch wenige Zeilen weiter unten auch bloße Verwundung mit dem Tode gerächt werden läßt.

Sind nun in dem Bisherigen die Gründe widerlegt, welche für die beschränkte Auffassung des Tödtungsrechtes geltend gemacht werden, so bedarf die von mir getheilte Ansicht über dasselbe keines besondern Nachweises. Denn da die XII Tafeln allgemein sprechen, so müßen wir die in ihnen gestattete Selbsthülfe, zu deren beschränkter Auffassung durchaus kein Grund vorliegt, als eine in den betreffenden Fällen allgemein gestattete, mithin als vindicta privata in dem weiten, oben S. 212 bezeichneten Sinne betrachten.

Wollte man die Wortfassung der XII Tafeln („si furtum *factum sit*“) betonen, so könnte man sogar sagen, das Gesetz habe nur ein vollendetes, nicht ein erst drohendes furtum im Auge. Diese Auslegung wäre nun zwar gewiß gegen alle allgemeinen Grundsätze über die Erklärung eines solchen alterthümlichen Gesetzes, und man hat ohne Zweifel einzuräumen, daß das Recht zur Tödtung auch (aber nicht bloß) gegenüber demjenigen, welcher Diebstahl und Raub nur versuchte, zum Zwecke der Vertheidigung, gestattet war.

Allein einer Beschränkung auf den letzteren Fall, also, wenn wir denselben in seiner Reinheit auffassen, auf Nothwehr, wäre schon gegen die ausgehobenen Worte des Gesetzes.

Indessen wird die im Bisherigen vertheidigte Ansicht auch sonst noch durch gewichtige Gründe unterstützt: nämlich sowohl durch ausdrückliche Zeugnisse der Alten, als durch die Vergleichung mit demjenigen, was uns sonst über das älteste römische Recht bekannt ist.

Die römischen Schriftsteller unterscheiden die Tödtung des fur sichtlich von der Nothwehr und stellen die erstere bisweilen ausdrücklich unter einen allgemeineren Gesichtspunkt. — Noch Sextus Cäcilius nennt an der Hauptstelle des Gellius (noctes Att. XX. 1) die Tödtung des nächtlichen fur „capitis *poena*"; ebenso bedient sich Gellius selbst der Worte „in *puniendis* furibus" in einem Zusammenhange, in welchem sie sich auch auf das Tödtungsrecht beziehen (noct. Att. IX. 18), und an einer der beiden wichtigsten Stellen von Cicero (pro Mil. cap. 3 §. 9) wird sowohl jene Tödtung, als die des bei Tage betretenen, sich mit bewehrter Hand vertheidigenden Diebes ganz bestimmt von Fällen der Nothwehr ausgeschieden und neben die der Privatrache gestellt.

Was die letztere Stelle insbesondere betrifft, so erhält sie ihr volles Licht nur in Verbindung mit Cicero's Vertheidigungsplan überhaupt. — Derselbe läßt sich auf die zwei Hauptgedanken zurückführen:

1) „Milo hat dem Clodius gegenüber im Stande der Nothwehr gehandelt; denn er war nicht nur überhaupt von diesem seinem Gegner unaufhörlich bedroht, sondern Letzterer hatte gerade das Zusammentreffen, bei welchem er auf dem Platze blieb, durch absichtliches Auflauern herbeigeführt, um den Milo aus dem Wege zu schaffen."

2) „Da Clodius ein gefährlicher Feind des Gemeinwesens war, so ist seine Tödtung eine höchst verdienstliche Handlung, wegen welcher ihr Urheber den größten An-

spruch auf den Dank des Staates, um so viel mehr also auf Straflosigkeit hat[1]).

---

1) Beide Gesichtspunkte sind in der uns vorliegenden, geschriebenen Rede neben einander durchgeführt. Sehr verschieden von derselben war die Rede, welche Cicero bei der gerichtlichen Verhandlung von Milo's Sache auf dem Forum wirklich gehalten hat, und so mag denn in Beziehung auf die letztere, aber nur auf sie, durchaus seine Richtigkeit haben, was Asconius, zu dessen Zeit die vorgetragene und so nachgeschriebene Rede noch vorhanden war, in seinem argumentum über Cicero's Vertheidigungsweise erzählt: ..... „cum quibusdam placuisset, ita defendi crimen, interfici Clodium pro republica fuisse, (quam formam M. Brutus secutus est in ea oratione, quam pro Milone composuit et edidit, quasi egisset): Ciceroni id non placuit, quod non, qui bono publico damnari, idem etiam occidi indemnatus posset. Itaque cum insidias Milonem Clodio fecisse posuissent accusatores, quia falsum id erat (nam forte illa rixa commissa fuerat), *Cicero apprehendit, et contra Clodium Miloni fecisse insidias disputavit, eoque tota oratio ejus spectavit.*“

Allerdings ist nun auch in der uns vorliegenden, geschriebenen Rede das Hauptgewicht auf die Nothwehr gelegt. daneben aber auch der andere, oben angegebene Gesichtspunkt mit allem Nachdrucke des höchsten rednerischen Schwunges geltend gemacht: so namentlich im 27sten und 28sten Kapitel, und im Epilogus (vom 34sten Kap. an). Aus der letzteren Stelle zwar darf man (schon im Hinblick auf Quinctilian, institut. orator. VI. 1 §. 55) in rechtlicher Beziehung nicht Viel schließen; allein um so entschiedener beweisen die ersteren, daß man die so eben ausgehobenen Worte des Asconius nicht als Urtheil oder doch jedenfalls nicht als richtiges Urtheil über die uns vorliegende, von Cicero geschriebene Rede betrachten darf, wie dieß Osenbrüggen in seiner Einleitung zu derselben (S. 29) gethan hat. — Die richtige Ansicht über den Inhalt dieser letzteren Rede findet sich schon bei Püttmann (auf welchen sich übrigens auch Osenbrüggen beruft) in der „diss. de moderatione inculpatae tutelae ad or. Cic. Milonianam“, S. 21; nur irrt Püttmann darin, daß er zwischen cap. 28 und 11 der geschriebenen Rede einen wirklichen Widerspruch annimmt. Allerdings thut Cicero in cap. 28 das Gegentheil von dem, was er in cap. 11 und ebenso in cap. 2 §. 6 über den Verlauf seiner Vertheidigung in Aussicht gestellt hatte; allein eben die Vergleichung mit Stellen, wie cap. 28, zeigt, daß die Versicherungen in cap. 2 §. 6 und cap. 11 nicht ernstlich gemeint sind, sondern nur den Sinn haben, als wären sie darauf berechnet, den Worten des Redners bei den

Diese beiden Hauptgedanken stellt Cicero in Kap. 3 und 4 in gedrängter Darstellung voran, bevor er auf die näheren thatsächlichen Verhältnisse des Falles übergeht, und dabei bemüht er sich nach seiner Weise von vorn herein, durch Beispiele seinen Worten Anschaulichkeit und Nachdruck zu geben. So spricht er denn in Kap. 4 von Fällen der Nothwehr, in Kap. 3 von anderen rechtmäßigen Tödtungen, und zwar zunächst Solcher, welche im Verlaufe der römischen Geschichte als Feinde des Staats aus dem Wege geräumt worden seien, sodann von einem Falle ganz unzweifelhafter Privatrache, nämlich dem Muttermorde des Orestes, und in unmittelbarem Anschluß an den letztern Fall von der Bestimmung der XII Tafeln

---

(Milo's Sache keineswegs günstig gesinnten) Hörern Eingang zu verschaffen — also wie Shakespeares „und Brutus ist ein ehrenwerther Mann" beurtheilt werden müßen.

Allerdings hatte Cicero gewiß, wie Osenbrüggen (a. a. O. Anm. 63) mit Recht bemerkt, noch in frischem Andenken, welche Folgen das „civem indemnatum necare" nach sich ziehe, und hieraus erklärt es sich ebensowohl, daß er den zweiten der oben berührten Vertheidigungsgründe in der wirklich gehaltenen Rede für Milo gar nicht, und in der geschriebenen nur in zweiter Linie, nachdem er ihn zuvor erst wiederholt unter scheinbarem Verzicht auf seine Geltendmachung angedeutet hatte, ausführte: allein ihn ganz bei Seite zu lassen, dazu lag für die geschriebene Rede gerade der Grund, welcher bei der wirklich gehaltenen den Ausschlag gegeben hatte, nicht vor.

Indessen wäre es auch möglich, daß Asconius in den Schlußworten der oben ausgehobenen Stelle unsere Miloniana im Auge gehabt, also über dieselbe ein unrichtiges Urtheil gefällt hätte, zu welchem er durch cap. 2 §. 6 und cap. 11 verleitet werden konnte. (Vorstehende längere Zwischenbemerkung mag um so eher Entschuldigung verdienen, als die Milonische Rede stets mit vollem Rechte nicht nur als eine wichtige Quelle der Lehre von der Nothwehr, sondern ebenso sehr als künstlerisch vollendetes Meisterstück einer Ausführung über dieselbe gegolten hat, und es daher gewiß seinen bedeutenden Werth hat, den Standpunkt, von welchem diese Ausführung beurtheilt werden muß, zu kennen.)

über die Tödtung des nächtlichen Diebes. Diese letztere, welche ja auch Nothwehr sein kann, ist als Uebergang zum Folgenden (der Ausführung über die Nothwehr) gestellt, dabei aber von den reinen Fällen der Nothwehr sehr deutlich durch den dazwischen liegenden Satz unterschieden:

„Atqui si tempus ullum est hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo justum, verum etiam necessarium, cum vi vis illata defenditur.“

Nun führt zwar Platner gerade für seine Ansicht die im 4ten Kap. enthaltenen, allgemeinen Worte Cicero's über die Nothwehr: „est igitur — quam justa repetenda“ an, und ähnlich beruft sich Sanio darauf, daß die Tödtung des Diebes fast an allen Stellen mit dem Rechte der Vertheidigung in Zusammenhang gebracht sei (S. 22 zu Anm. 11). Allein gerade das, daß die Römer, namentlich auch Cajus und Ulpianus an den unten anzuführenden Stellen, jenes Recht neben die Fälle bloßer Nothwehr stellen, dabei aber von den letzteren mit bestimmtem Bewußtsein als etwas Anderes und ebendarum in seiner Geltung Bezweifeltes unterscheiden, spricht doch wohl gegen Platners und Sanios Meinung.

Was sodann die obige Behauptung betrifft, daß mit der weiteren Auffassung des Tödtungsrechtes auch anderweitige Sätze des römischen Rechts übereinstimmen, so genügt in dieser Beziehung im Allgemeinen eine Verweisung auf das Gesammtbild, welches Ihering durch alle Theile des Rechtsgebietes durchgeführt hat; und aus dem Strafrecht insbesondere sind schon oben die Privatstrafen erwähnt worden, bei welchen es wohl gestattet ist, eine ähnliche Entstehungsweise anzunehmen, wie die im germanischen Rechte innerhalb der geschichtlichen Zeit vollzogene. Gerade das Privatstrafrecht aber enthält eine wichtige Bestimmung, deren einzige befriedigende

und dem Geiste des alten Rechtes wahrhaft entsprechende Erklärung eben nur in der hier vertheidigten Ansicht von der alten Selbsthülfe liegt: nämlich die über höhere Strafbarkeit des furtum manifestum. Hierauf haben namentlich auch Sanio und Abegg schon hingewiesen; indessen kann ich dasjenige nicht für ganz genügend halten, was der letztere Gelehrte in dieser Hinsicht bemerkt. Er spricht nämlich zwar von der Rücksicht darauf, daß die Verletzten sich des Rechtes der Tödtung seltener bedienen und den Frevler dem Gericht übergeben sollten; indessen erhellt aus der betreffenden Stelle der „Untersuchungen" (S. 146) nicht mit Bestimmtheit, ob Abegg neben jener politischen Rücksicht, welche gewiß einwirkte, auch noch einen andern, unmittelbar rechtlichen Grund als vorhanden annimmt. Ein solcher aber bestand, wie ich glaube, jedenfalls darin, daß man es für gerecht hielt, demjenigen, welcher die Rache früher wohl unbeschränkt und jetzt wenigstens noch unter gewissen Voraussetzungen ausüben durfte, für die Unterlassung hievon in denjenigen Fällen, in welchen er zur sofortigen Vollstreckung jener Rache die thatsächliche Möglichkeit und vermöge der begreiflichen Gefühlsaufregung den nächsten Anlaß hatte, einen gewissen Ersatz durch die in Aussicht gestellte, höhere gesetzliche Genugthuung zu gewähren. Einen äußern Anhaltspunkt und die nächste Veranlassung hiezu hatte man wohl an der Sitte, welche sich zu der Zeit gebildet hatte, als die Buße überhaupt noch auf bloßer Privatübereinkunft beruhte, lediglich in einem Abkaufen der Rache bestand[1]).

§ 12.

Noch bei Cicero erscheint die Befugniß, den betretenen

---

1) Ueber diese wahrscheinliche Anknüpfung des Rechtes an die frühere Sitte s. Sanio a. a. O. S. 27 Anm. 24.

Dieb zu tödten, in demselben Umfange, wie sie die XII Tafeln anerkannt hatten, als geltendes Recht.

Man war also auch nach der lex Aquilia und der lex Cornelia de sicariis lange Zeit hindurch gar nicht auf den Gedanken gekommen, daß durch diese neuen Gesetze an jenem alten Rechte Etwas geändert worden sei; man nahm an, daß der fur in den von den XII Tafeln gestatteten Fällen nicht „injuria" (Bedingung der lex Aquilia), sondern „jure" (Ausnahme von der Strafdrohung der l. Cornelia) getödtet worden sei. Obgleich allerdings auch in diesen beiden Gesetzen unser Fall nicht ausdrücklich als der einer rechtmäßigen, straflosen Tödtung aufgeführt war, so entsprach es doch gewiß dem ganzen Geiste, in welchem die Römer bei der Anwendung neuer Gesetze, namentlich der leges judiciorum publicorum [1]), zu verfahren pflegten, daß man zunächst die alte Ausnahme vom Verbote der Tödtung als fortbestehendes Recht behandelte, obgleich die Regel über die strafrechtlichen Folgen der (rechtswidrigen) Tödtung im Allgemeinen sich verändert hatte.

Nun mußte aber, bei fortschreitender Verfeinerung der rechtlichen Ansichten und bei zunehmender Thätigkeit der Staatsgewalt für die Rechtspolizei, unter allen den Gründen, aus welchen eine sonst verbrecherische verletzende Handlung rechtmäßig wird, die Nothwehr als der häufigste und allgemeinste hervortreten, und zwar konnte man hiebei einen zweifachen Weg einschlagen: nämlich entweder jenen Begriff formell aus den noch stehen gebliebenen Ueberbleibseln der alten, zwar weiter gehenden, aber auch die Nothwehr in sich schließenden Selbsthülfe herausbilden, oder ihn geradezu als etwas innerlich Nothwendiges auf die naturalis ratio und die Uebereinstimmung aller gebildeten Völker stützen. Das Erste war

1) s. Roßhirt, im Neuen Archiv Bd. XI. S. 376—380.

der streng positive Weg des Civilrechtes, das Letztere der des jus gentium, dessen Umwandlung in ein unmittelbar auch zwischen Römern geltendes Recht sich hier in Bezug auf die Privatdelicte durch Vermittlung des prätorischen Edictes, und bei den öffentlichen Verbrechen durch die von Männern der gebildeten Stände, namentlich von den Rechtsgelehrten geleitete und gehandhabte Uebung der Strafgerichte vollziehen konnte — zumal da die letzteren sich nicht einmal einer streng buchstäblichen Auslegung der Gesetze unterthan zu machen pflegten [1]). In der That nun haben die Römer diese beiden Wege zugleich eingeschlagen.

Schon Cicero beruft sich in der Rede für Milo, um eine angeblich in Nothwehr verübte Tödtung zu rechtfertigen, vorzugsweise auf das Vernunftrecht und die übereinstimmenden Ansichten aller Völker (cap. 4 und 11), vernachlässigt es aber dabei nicht, für die Straflosigkeit seines Clienten auch den noch weiter gehenden, civilrechtlichen Grund, die Analogie des im XII Tafeln-Gesetze Enthaltenen, geltend zu machen, und Letzteres war gerade in dieser Rechtssache besonders am Platze, da die Richterbänke nicht mit Männern, welche sich durch den Schimmer der Beredtsamkeit bestechen ließen, sondern mit den gewissenhaftesten Rechtsgelehrten und den würdigsten Staatsmännern besetzt waren [2]).

1) Dieß wird denn auch für unsere Frage durch das von Cicero pro Mil. c. 4. angeführte Urtheil des Marius in einem wirklich vorgekommenen Rechtsfalle bestätigt. — Vgl. überhaupt Roßhirt a. a. O., und Geib, röm. Cr.-Proc. S. 298 — 302 (indessen vermag ich hier der Ausführung des letzteren Gelehrten nicht in ihrem vollen Umfange ganz beizustimmen; s. u. die fünfte Abhandlung).

2) s. Asconius, im argum. zur milonischen Rede: „Perlata deinde lege Pompeji, in qua id quoque scriptum erat, ut quaestor" (d. h. der Vorsitzende des Gerichtes; s. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 186—194) „suffragio populi ex iis, qui consules fuerant, crearetur, statim comitia habuit, creatusque erat L. Domitius Aenobarbus quaestor. Aliorum

Daß man aber zu Cicero's Zeit auch geradezu das Recht der Nothwehr selbst unmittelbar an jene Vorschrift der XII Tafeln über Tödtung des fur anzuknüpfen pflegte, ergiebt sich aus der oben S. 219 angeführten Rede pro Tullio; und an der für unsere Frage wichtigsten Stelle (§§. 47—50) derselben geht jene Berufung auf das alte Gesetz nicht von Cicero, sondern von seinem als redend eingeführten Gegner aus.

Auch die Rechtsgelehrten der Kaiserzeit vereinigten beide Gesichtspunkte, indem sie einerseits die Nothwehr aus dem jus gentium ableiteten, andererseits dasjenige, was ihnen hiernach als das Vernunftmäßige erschien, mit den positiven Bestimmungen der XII Tafeln in Zusammenhang brachten, und so ein vermitteltes, in sich übereinstimmendes Ganzes aus beiden Elementen zu bilden suchten.

Ersteres thun namentlich Florentinus in seinen Institutionen (D. I. 1 de J. et J. l. 3), Cajus in den Erläuterungen zum edictum provinciale (D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 pr.), Paulus im Kommentare zu Sabinus (D. IX. 2 eod. tit. l. 45 §. 4), Ulpianus in seinen reichhaltigen Bemerkungen zum Abschnitte des prätorischen Edictes über das interdictum Unde vi (D. XLIII. 16 de vi l. 1 §. 27);

---

quoque judicum, qui de ea re judicarent, Pompejus tales proposuit, ut nunquam neque clariores viros, neque sanctiores propositos esse constaret."

Daß die uns vorliegende Rede nicht wirklich gehalten worden war, ändert hieran Nichts. Denn Cicero versetzt sich natürlich in der ersteren ganz in die Lage, als ob er vor jenem Gerichte zu sprechen hätte; auch mag die Anführung der XII Tafeln in der gehaltenen Rede selbst gleichfalls vorgekommen sein — wogegen allerdings zu den von Dio Cassius XL. 54 berichteten Weglassungen das Schweigen von dem gehört haben mag, was wir jetzt als Anwendung des im dritten Kap. Angedeuteten in cap. 27, 28, 34 ff. vor uns haben: denn gerade diese bestimmte Anwendung auf die Persönlichkeit des Clodius und auf dessen Tödtung wäre für den Redner das Gefährlichste gewesen.

Ausführungen der zweiten Art finden sich bei Ulpianus an anderen Stellen seines Kommentars zum Edicte (D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 5 pr., Collat. leg. Roman. et Mos. Tit. VII. Kap. 3; D. XLVIII. 8 ad leg. Cornel. de sicar. l. 9), bei Cajus in dem schon angeführten Werke (s. D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 §. 1, vergl. mit dem principium); und sichtlich haben denselben Weg auch Pomponius (nach der in der Coll. a. a. O. §. 2 erhaltenen Nachricht Ulpians) und Paulus in seinen sententiae (Coll. Tit. VII. Kap. 2), sowie die kaiserliche Constitution, auf welche der letztgenannte Schriftsteller hier wahrscheinlich anspielt [1]), eingeschlagen.

Hiebei haben nun die Römer, wo sie die Nothwehr auf das jus naturae, die naturalis ratio stützen, gemäß der gewöhnlichen Bedeutung dieser Begriffe in der römischen Rechtswissenschaft, durchweg nichts Anderes als das jus gentium im Auge (s. bes. D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 45 §. 4, I. 1 de J. et J. l. 3). Ganz unrichtig ist die von Püttmann (diss. de moderatione inculpatae tutelae S. 3, 4) aufgestellte Ansicht, als ob die Römer hier dem Begriffe, welchen wir als einen wissenschaftlich werthlosen Einfall Ulpians anzusehen pflegen: „jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit" u. s. w. (D. I. 1 de J. et J. l. 1 §. 3) eine praktische Folge gegeben hätten. Denn in der angeführten l. 3 desselben Titels ist ja nicht von jenem weiteren, unwissenschaftlichen Begriffe des jus naturale, sondern von dem jus gentium die Rede, welches dem ersteren in l. 1 §. 4 ganz bestimmt entgegengesetzt wird. Nicht bloß der Zusammenhang zeigt Dieß unzweideutig, sondern es stützt sich ja auch Florentinus in der l. 3 geradezu auf die von der Natur eingepflanzte Verwandtschaft (cognatio quaedam) der Menschen untereinander. Wahrhaft ergötzlich

---

1) s. unten S. 254.

ist nun aber der Grund, mit welchem noch [1]) Püttmann seiner Ableitung der Nothwehr aus einem den Menschen und Thieren gemeinsamen Rechte eine positive Stütze zu geben sucht: nämlich die Berufung auf den von Ulpianus (s. D. IX. 1 si quadrupes l. 1 §. 11) berichteten Ausspruch des Mucius:

„Quum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut, si quidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio" .....

Hier handelt es sich doch gewiß nicht um Nothwehr — denn sonst müßte man ja weiter noch die lächerliche Forderung aufstellen, daß der angegriffene Ochse die Gränzen rechtmäßiger Vertheidigung eingehalten habe; — sondern, wie schon der Zusammenhang mit den §§. 7 und 10 zeigt, einfach um die Frage, ob die eigenthümlichen, allgemeinen Voraussetzungen der actio de pauperie vorhanden seien, d. h. ob die Verletzung von dem Thiere aus eigenem Antrieb und unter Umständen zugefügt worden sei, unter welchen sie nach den gewöhnlichen Eigenschaften seiner Gattung nicht erwartet werden konnte.

Mit mehr Schein hätte sich Püttmann auf Cicero pro Milone cap. 11 berufen können; indessen sind hier die Worte „et feris natura ipsa praescripsit" gewiß nicht so gemeint, als sollten sie einen rechtswissenschaftlichen Begriff aufstellen.

Hiernach ist Püttmann's Behauptung eine bloße Spielerei, wie sie in einer akademischen Gelegenheitsschrift des vorigen Jahrhunderts nicht auffallen kann. Indessen hat auch neuestens Levita in jener Stelle des Mucius wieder eine Beziehung auf Nothwehr und den Beweis dafür finden gewollt, „bis zu welchem Punkte die Römer die Anwendung ihres Princips durchführen" (Nothwehr S. 35 Anm. 3).

---

1) So schon die älteren Italiener; s. z. B. Farinacius, praxis et theor. crim. Th. IV. quaestio 125 Nr. 10.

§. 13.

Indem die römischen Rechtsgelehrten sich das aus dem jus gentium abgeleitete Wesen der Nothwehr näher entwickelten, mußten sie dazu gelangen, die Verletzung eines rechtswidrigen Angreifers in Schranken einzuschließen, welchen in Bezug auf die Tödtung des Diebes, namentlich des nächtlichen, das positive Civilrecht, das der XII Tafeln, nicht entsprach. Zugleich waren hier für einen weiteren Umfang der Privatgewalt — über die zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffes nothwendige Verletzung hinaus — die wichtigsten Voraussetzungen, welche in den Verhältnissen der früheren Zeit gelegen hatten, hinweggefallen: die polizeilichen Einrichtungen waren fest geordnet und in die Hände bestimmter Beamten und untergeordneter Diener gelegt [1]); das Vermögen hatte zwar seine thatsächliche, aber nicht mehr die außerordentlich große rechtliche Bedeutung, wie in der früheren Zeit [2]), in welcher sich gerade hierauf die strenge Behandlung der Eigenthumsverbrecher und die Nachsicht gegen das in gerechter Entrüstung auf ein solches Verbrechen hin Geschehene gegründet hatte. Zudem hatte das einzelne Vermögensstück, welches der Gegenstand des Diebstahles oder Raubes zu sein pflegt, jetzt schon in Folge der Veränderung, welcher die Werthe der Dinge überhaupt unterlegen waren, nicht mehr dieselbe Bedeutung für den Beschädigten, wie in der alten Zeit.

Ueberdieß aber hatten die Römer vor der wirklichen Verübung auch der rechtlich erlaubten Tödtung eine große sittliche Scheu, welche sich in der That, vom Standpunkte der Moral und Menschlichkeit aus betrachtet, durchaus rechtfertigt [3]).

---

1) s. z. B. D. I. 15 de off. praef. vig. l. 1—3, und in Bezug auf die Rechtspolizei der Kaiserzeit überhaupt Geib, röm. Crim.-Proc. S. 528 ff. 2) s. Ihering a. a. O. S, 126.

3) Andere Ansichten über das Verhältniß der Moral und Ehren-

„Non est“ — sagt Cicero — „illa defensio contra vim unquam optanda, sed nonnunquam est necessaria“ (pro Milone cap. 5 § 14) —

und an einer andern Stelle:

„Jugulare civem ne jure quidem quisquam bonus vult; mavult enim commemorare, se, cum posset perdere, pepercisse, quam, cum parcere potuerit, perdidisse. *Haec in homines alienissimos, denique inimicissimos viri boni faciunt,* et hominum existimationis, et communis humanitatis causa: ut cum ipsi nihil alteri scientes incommodarint, nihil ipsis jure incommodi cadere possit“ (pro Quinctio cap. 16).

Auch mag hier an eine andere Stelle erinnert werden, an welcher Cicero die sittliche Scheue vor der — wenn selbst rechtmäßigen — Tödtung in ein Beispiel aus der griechischen Sage eingekleidet hat:

„Videtisne, quos nobis poëtae tradiderunt patris ulciscendi causa supplicium de matre sumpsisse, cum praesertim deorum immortalium jussu atque oraculis id fecisse dicantur, tamen ut eos agitent Furiae neque consistere usquam patiantur, quod ne pii quidem sine scelere esse potuerunt“ (pro Roscio cap. 24) [1].

---

haftigkeit zum Rechte haben in unserer Frage h. z. T. Manche, z. B. Levita, Nothwehr S. 238 (in den Worten: „das Haasenpanier zu ergreifen“); S. 238—239 in der Anm. („die Klugheit mag es wohl gebieten, seine bedrohte Person oder Sache dem drohenden Angriffe des Andern zu entziehen, wenn es ohne Gefahr geschehen kann; allein eine Forderung ächter Sittlichkeit vermögen wir darin nicht zu erkennen, daß man vor einem Nichtswürdigen, der unsere Rechte bedroht, zurückweichen solle“ ......)

1) Von selbst versteht sich, daß zwischen der letztern Stelle und dem 4. bis 5. Kap. der milonischen Rede nicht ein Widerspruch besteht, wie Dieß Püttmann in seiner da und dort ziemlich pedantischen Beurtheilung dieser Rede (S. 23 der angef. Dissertation) behauptet.

In der älteren Zeit schon hielten also die Römer keineswegs jede gesetzlich erlaubte Selbsthülfe auch für moralisch und ehrenhaft: weit entfernt davon, die Moral mit dem Rechte zu vermischen, (was man h. z. T. gewöhnlich für einen Grundzug der „antiken Sittlichkeit" hält [1]), hatten sie hier, wie sonst, ein ganz richtiges Bewußtsein vom Verhältnisse beider, dennoch aber die höchste Achtung auch vor den vom Rechte wohl unterschiedenen Geboten der Moral und Ehrenhaftigkeit.

Man denke z. B. nur an folgende Stelle, an welcher Seneca den auch in unserer Frage anwendbaren Satz begründet, daß Jedermann schon durch das Bewußtsein der eigenen Unvollkommenheit bewogen werden sollte, seinen Zorn über fremde Verfehlungen zu unterdrücken:

„Quis est iste, qui se profitetur omnibus legibus innocentem? Ut hoc ita sit, quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt?" (de ira II. 27.)

Sind nun freilich die Römer im Leben hinter den Vor-

---

1) Gegen diese gegenwärtig sehr verbreitete Ansicht sprechen nicht nur gewichtige Stellen der römischen Philosophen und Rhetoriker, z. B. die Aeußerungen des **auctor ad Herennium II. 16** und **25**, und Cicero's **de invent. rhetor. I. 27, orator. partit. cap. 12** über die Beweggründe zu Verbrechen, sondern namentlich auch der gesammte Bau des römischen Rechtes selbst, welches das Verhältniß zwischen den beiden Gebieten der Sittlichkeit (Recht und Moral) im Allgemeinen streng und richtig durchgeführt hat. (Als Ausnahme hievon kann man allerdings die überwiegende Berücksichtigung des subjektiven Gesichtspunktes bei einigen das Strafrecht betreffenden Fragen, namentlich beim Versuch und bei der Theilnahme, betrachten; indessen handelt es sich hier doch immer um etwas an sich dem Rechtsgebiete Angehörendes, nämlich um die Folgen des in einer Handlung geäußerten **rechts**widrigen Willens.)

schriften, die der Philosoph hier aufstellt, gewiß noch mehr zurückgeblieben, als die heutigen Europäer, welche von den Ideen des Christenthums [1]) mehr, als Viele selbst wissen, beherrscht worden: so liegt doch, da auch die straflosen Tödtungen wenigstens von den Besseren gewiß so, wie es Cicero darstellt, beurtheilt wurden, die Vermuthung sehr nahe, daß schon in der spätern Zeit des Freistaates von der Befugniß, den fur zu tödten, nicht mehr, oder nur noch selten in ihrem alten Umfange Gebrauch gemacht worden ist. Hätte Cicero ein irgend namhaftes Beispiel dieser Art zur Hand gehabt, so hätte er sicherlich nicht unterlassen, dasselbe nach seiner Weise in der milonischen Rede anzuführen.

So erklärt es sich denn ganz einfach und natürlich, wie Pomponius im zweiten Jahrhunderte der Kaiserzeit den Zweifel aufwerfen konnte, ob jenes Recht der XII Tafeln überhaupt noch im Gebrauche sei (s. Ulpian in Coll. VII. 3 §. 2).

Unsere heutigen Schriftsteller nehmen nun einstimmig an, daß diese Frage von den großen Juristen im Allgemeinen verneint und zugleich die Befugniß, den betretenen Dieb zu tödten, auf die Fälle rechter Nothwehr beschränkt worden sei.

Für das justinianische Recht hat man Dieß, wie auch ich glaube, wirklich zuzugeben; allein eine andere Frage ist die, ob dasselbe auch schon für die Zeit der großen Juristen gilt; und hier spricht wenigstens die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Bestimmung der XII Tafeln jedenfalls bis in's dritte Jahrhundert nach Chr. von Manchen als noch geltend betrachtet, und die, so viel wir wissen, erste Beschränkung von Ulpian aufgestellt wurde, von dem übrigens Paulus hierin wieder abwich.

1) Uebrigens erinnert schon Seneca's angef. Stelle in ihrem sonstigen Inhalt an Ev. Matth. 7. V. 3—5, Lucä 6. V. 41—42.

Zwar sagt Gellius (noctes Att. XI. 18), nachdem er die Bestimmungen der XII Tafeln über das furtum manifestum angeführt hat, — man habe jetzt jene Bestimmungen der Decemvirn verlassen („sed nunc a lege illa decemvirali discessum est"); allein Dieß bezieht sich nur auf die gesetzlichen Strafen, nicht auf das Recht des Einzelnen zur Tödtung; denn Gellius fährt sogleich fort:

„nam si qui super manifesto furto jure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur,"

— was sich, nach dem Worte experiri zu schließen, nur auf gerichtliche Klage beziehen kann und ebendarum sogar eine Hindeutung darauf enthalten mag, daß auch ein anderer Weg, nämlich der einer Ahndung durch Selbsthülfe, noch zur Zeit des Gellius offen gestanden habe.

Was aber den oben erwähnten Zweifel des Pomponius betrifft, so ist er eben nur ein Zweifel, keine entgegengesetzte Entscheidung [1]).

Durchaus als geltendes Recht wird die Bestimmung der XII Tafeln von Cajus in seinem Kommentar zum edictum provinciale (D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 4 §. 1; s. ob. S.

1) Noch weiter geht Noodt, ad leg. Aquil. cap. 5 und 6 (in der Ausgabe seiner Werke von 1732 S. 124 — 126), indem er die Worte Ulpians darauf deutet, daß Pomponius das Fortbestehen des alten Rechtes mit Bestimmtheit angenommen habe. Hiefür beruft sich Noodt darauf, daß Ulpian an einigen Stellen (s. D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 5 §. 3, vergl. mit XIX. 2 loc. cond. l. 13 §. 4; D. XLIII. 24 quod vi aut clam l. 7 §. 4, vergl. mit IX. 2 ad leg. Aquil. l. 49 §. 1, XLVII. 9 de incendio, ruina l. 3 §. 7), wie auch Cornel. Nepos (in der Lebensbeschreibung Thrasybuls c. 1), das Wort dubito gebraucht, um damit nicht den Zweifel, sondern eine bestimmte bejahende Ansicht zu bezeichnen. Es läßt sich auch in der That recht wohl erklären, wie man dazu kommen konnte, jenes Wort bisweilen für das Ergebniß des Bedenkens (statt bloß für das letztere selbst) zu gebrauchen; und dieser Bedeutung entspricht ja noch h. z. T. das französische se douter. Allein an unserer Stelle ist diese Auslegung des dubito durchaus nicht nothwendig.

227—234) behandelt — wenigstens so viel sich aus dieser Stelle in ihrer jetzigen Gestalt entnehmen läßt; und ebenso von Paulus in seinen sententiae an einer in der Collat. leg. Roman. et Mosaic. aufbehaltenen Stelle des Titels ad leg. Cornel. de sicar. et veneficis:

„Si quis furem nocturnum, vel diurnum cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, si eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus obtulerit."

Also der Betretende fällt, auch wenn er den fur tödtet, nicht unter das Strafgesetz über Tödtung, er thut aber besser daran, sich des fur bloß zu bemächtigen und denselben der Obrigkeit behufs der Einlieferung an den ordentlichen Strafrichter, den praeses provinciae [1]) zu überantworten.

Einen weiter gehenden Sinn, nämlich den, als ob nach der Ansicht des Paulus durch die Nichtbefolgung dieses Rathes eine außerordentliche Strafe verwirkt worden wäre, braucht man in der zweiten Hälfte der Stelle nicht zu suchen; vielmehr erklärt sich dieselbe einfacher durch folgende Erwägungen:

Es war zur Zeit des Paulus allerdings die Ansicht aufgestellt worden, daß die Tödtung des fur alsdann, wenn derselbe ergriffen werden konnte, in der That rechtswidrig sei und daher die ordentliche Strafe der Tödtung, sowie (in den geeigneten Fällen) die aquilische Klage begründe.

Da nun diese Ansicht sogar die Auctorität Ulpian's für sich hatte, war es gewiß um so weniger gerathen, sich der Entscheidung einer, wenn auch nur bestrittenen und zweifelhaften Rechtsfrage preiszugeben [2]).

---

1) Ueber diese Einlieferungen von Verbrechern s. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 528—530, 651—652.

2) Welch' strenger Beurtheilung — selbst von Seiten human denkender Juristen — in solchen Fällen criminalistischer Streitfragen derjenige,

Ueberdieß war das Einschlagen des gerichtlichen Weges schon darum vorzuziehen, weil es demjenigen, welcher das Tödtungsrecht eigenmächtig ausgeübt hatte, meist sehr schwer werden mochte, die thatsächlichen Bedingungen für die Rechtmäßigkeit seines Handelns gehörig zu bescheinigen.

Ein dritter Grund endlich war der, daß nach dem oben Bemerkten die straflose Tödtung den Römern nur dann auch als moralisch und ehrenhaft galt, wenn sie zu dem jedesmaligen Zwecke nothwendig war, im vorliegenden Falle mithin dann nicht, wenn der Zweck — insbesondere die Ahndung des Verbrechens — auch durch Anrufung der Obrigkeit erreicht werden konnte. Daß Paulus auch an diesen Gesichtspunkt mit gedacht hat, erklärt sich recht wohl aus der humanen und ächt moralischen Denkungsweise der großen römischen Rechtsgelehrten. Indessen vermag ich, Angesichts der oben erwähnten beiden juristischen Gründe, diese Rücksicht der Moral nicht, wie dieß Manche [1]) wollen, als die einzige, oder auch nur als die im Sinne des Paulus entscheidende zu betrachten.

Es läßt sich nun allerdings, wie Dieß Sanio thut [2]), mit gutem Grunde vermuthen, daß Paulus durch den Gebrauch der in kaiserlichen Rescripten herkömmlichen Worte „melius fecerit“ [3]) eben ein solches Rescript als die Quelle

welcher in seinem guten Rechte zu handeln glaubt, sich aussetzen kann, ergiebt sich aus den Behauptungen, welche bei Gelegenheit der Lehre vom Rechtsirrthum häufig aufgestellt werden. S. z. B. noch Köstlin, System S. 383 Ziffer 5 gegen das Ende.

1) z. B. Noodt, probabil. I. 9; ad leg. Aquil. cap. 5; Reinold, de confusione legis Corneliae de sicariis cum Aquilia § IV. (in dessen opusc. jurid. S. 663 ff.) — Auch Schulting, ad Pauli sentent. recept. V. 23 §. 9 Anm. 37 findet, jedoch ohne einen Erklärungsgrund anzugeben, in den ausgehobenen Worten einen bloßen Rath.

2) observ. ad leg. Cornel. de sicar. S. 32.

3) Ueber solche Formeln s. Dirksen, Versuche S. 51.

seiner Bemerkung andeuten wollte; allein hieraus folgt keineswegs die Unrichtigkeit obiger Auslegung.

Sanio zwar glaubt aus diesem Grunde, daß unsere Stelle auf eine bestimmt eingetretene, auch von Paulus angenommene, spätere Aenderung des Rechtes hinweise und hat hiebei — wie es nach S. 33, bes. Anm. 49 am Anf., und nach anderen Stellen scheint, eine außerordentliche Strafe im Auge, welche durch eine der neuen Rechtsquellen in der Kaiserzeit eingeführt worden sei. Hiefür beruft er sich auf ein eben aus der Zeit des Paulus herrührendes Rescript des Antoninus Caracalla: Collat. leg. Rom. et Mos. Tit. I. Kap. 8; C. Justin. IX. 16. ad leg. Cornel. de sicar. cst. 1.

Allein diese letztere Stelle beweist das von Sanio Behauptete keineswegs; vielmehr haben in ihr die entscheidenden, mit dem „melius fecerit“ des Paulus allerdings gleichbedeutenden Worte „rectius fecerit“ nach dem Zusammenhang unzweifelhaft die von mir in Rücksicht auf unsere Stelle oben angedeutete Beziehung auf den Vertheidigungsbeweis. Die Constitution Caracalla's beginnt nämlich (nach der Collatio a. a. O.):

> „Imperator Antoninus Augustus Aurelio Herculano et aliis militibus. — Frater vester rectius fecerit, si se praesidi provinciae obtulerit; cui *si probaverit* non occidendi animo Justam a se percussam esse, remissa homicidii poena secundum disciplinam militarem sententiam proferet,“

und lautet sodann nach dem justinianischen Coder weiter:

> „Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat. Ceterum ea, quae ex improviso casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur.“

Hier handelt es sich also nirgends darum, daß durch das

Erscheinen vor dem Präses einer außerordentlichen Strafe entgangen werde; vielmehr lediglich um die durch das Erscheinen ermöglichte Ausführung des Vertheidigungsbeweises. — Nicht einmal darauf enthält die Constitution auch nur die geringste Hindeutung, daß es in dem Falle, von welchem sie spricht, sich um Vermeidung der adnotatio bonorum (als einer Folge des Ungehorsams im Strafverfahren) gehandelt habe; und überdieß wäre selbst diese adnotatio, wenn man das „rectius fecerit“ auf ihre Vermeidung beziehen und geltend machen wollte, daß in jenem Falle ihre Voraussetzungen bei fortdauerndem Ungehorsam vorgelegen wären, nur ein processualisches, von außerordentlicher Strafe wohl zu unterscheidendes Zwangsmittel.

Abegg, welcher in Bezug auf unsere Stelle mit Sanio übereinstimmt, macht geltend, daß durch die Worte derselben *„hac lege non tenetur“* eine außerordentliche Strafe nicht ausgeschlossen werde; und Dieß ist allerdings richtig, wofern man (wie es offenbar auch gemeint ist) unter der außerordentlichen Strafe eine andere, und zwar gelindere, versteht, als diejenige, welche zur Zeit des Paulus in den Fällen der lex Cornelia gewöhnlich eintrat (streng wörtlich genommen war auch diese letztere eine außerordentliche Strafe, da sie nicht nur von einem andern Gericht, als der längst in Abgang gekommenen Quästio, mithin eigentlich extra ordinem, erkannt wurde, sondern auch gewohnheitsrechtlich eine ganz andere geworden war, als die ursprüngliche der lex Cornelia).

Allein wenn auch durch die Worte „hac lege non tenetur“ eine anderweitige gelindere Strafe nicht ausgeschlossen wird, so folgt hieraus doch noch keineswegs positiv, daß nach dem Sinne des Paulus eine solche Strafe wirklich eintreten sollte, vielmehr hätte Dieß Paulus gewiß zum Mindesten bestimmter, durch einen stärkeren Gegensatz, als das

bloße „melius fecerit“ angedeutet — was er auch an der Stelle, auf deren Verhältniß zu l. 7 D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8) Sanio und Abegg sich berufen, in den *recept. sentent.* V. 23 § 12, durch die Schlußworte „in metallum damnatur“ in der That gethan hat.

Es kann daher der einzige positive Grund für die im Bisherigen bekämpfte Ansicht Sanio's nur in der Stelle Ulpians Collatio VII. 3 § 3 gesucht werden; allein dort ist nicht von einer außerordentlichen Strafe in dem oben erwähnten weiteren Sinne, sondern von derjenigen, welche in den gewöhnlichen Fällen der lex Cornelia einzutreten pflegte, die Rede; eine Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Ulpianus bestünde also doch noch, und es wäre mithin Nichts gewonnen, als daß man zu den zwei sicher beglaubigten Nachrichten — der alten von der Rechtmäßigkeit der Tödtung, und der Ansicht des Ulpianus — für die Zeit des klassischen römischen Rechtes noch eine dritte, mittlere als vorhanden anzunehmen hätte, nach welcher zwar Strafe, aber nur eine geringere als die gewöhnliche der vorsätzlichen Tödtung eintreten sollte.

Denn völlig undenkbar ist es, daß Paulus die Entleibung des fur mit derselben Strafe hätte geahndet wissen wollen, wie eine andere, rechtswidrige Tödtung [1]). Selbst diese Annahme würde zwar nicht durch die Worte „hac lege non tenetur“ ausgeschlossen, aber um so gewisser durch die Fassung des Gegensatzes mit dem bloßen „melius fecerit.“ Hätte Paulus die gewöhnliche Strafe der Tödtung als hier geltend anerkannt, so hätte er, wie wir aus dem durchgängigen Sprachgebrauche der römischen Juristen zu schließen berechtigt sind, ungefähr

1) Uebrigens hat auch diese Ansicht einen, wenn gleich nicht ganz entschiedenen, Vertheidiger, nämlich Trotz in der Vorrede zu Gothofredus opera minora S. 21.

so fortgefahren: „sed ejus (legis) poena afficitur“ [„punitur,“ „coërcetur“], „ad ejus legis coërcitionem pertinet“ oder dgl.

Nach dem Bisherigen kann also von den Gründen, welche für Sanio's Auslegung angeführt werden, nur der eine auf Anerkennung Anspruch machen, daß durch die Worte „hac lege non tenetur“ eine anderweitige gelindere Strafe nicht ausgeschlossen wird. Allein hiemit ist blos die Denkbarkeit jener Ansicht, keineswegs deren wirkliche Richtigkeit erwiesen.

Uebrigens führt nun Sanio und nach ihm Abegg zur Unterstützung seiner Auffassung einige weitere Stellen an, welche mit derselben gar nichts Gemeinsames haben, als den auch ohne Belegstellen einleuchtenden Gedanken, daß eine Handlung, durch welche nicht die volle, oder überhaupt nicht die Strafe der lex Cornelia verwirkt war, dennoch strafbar sein konnte. Es sind Dieß

Collat. leg. Rom. et Mos. IV. cap. 3. und 10,

D. XLVIII. 5. ad leg. Jul. de adulter. l. 32. pr., l. 38. § 8,

C. IX. 9. eod. cst. 4.

Nicht einmal für den (allerdings an sich zuzugebenden) Satz, daß das „hac lege non tenetur“ eine andere, außerordentliche Strafe nicht ausschließt, bieten diese Stellen Etwas. Denn sie beziehen sich gar nicht, wie Dieß Sanio und Abegg von unserer Stelle glauben, auf eine nicht unter die betreffende lex fallende Handlung, welche aber extra ordinem solle gestraft werden können, sondern gerade umgekehrt auf Verbrechen, welche unzweifelhaft unter die lex fielen, aber nach Wissenschaft, Gerichtsgebrauch und Constitutionen wegen eines vorliegenden sehr erheblichen Milderungsgrundes (des gerechten Affectes) nur mit einer bedeutend mildern, als der gewöhnlichen Strafe belegt zu werden

pflegten [1]). Der Gegensatz ist also hier nicht der, welchen Sanio in der obigen Stelle des Paulus finden will:

„der Thäter fällt zwar nicht unter das Gesetz, aber h. z. T. strafen wir ihn dennoch extra ordinem,"

sondern im Gegentheile:

„der Thäter fällt zwar unter das Gesetz, d. h. der Thatbestand seiner Handlung ist der in der l. Cornelia u. s. w. verpönte; aber was die Strafe betrifft, so behandeln wir den Schuldigen gelinder in Berücksichtigung seines gerechten Affectes."

Sehr bestimmt bezeichnet ist diese Unterscheidung zwischen dem als vorhanden angenommenen gesetzlichen Thatbestand auf der einen, und der Strafe der späteren Praxis auf der anderen Seite in der oben angef. Stelle Papinians, *Collatio* IV. 10. Daß der Thatbestand des daselbst erörterten Falles der des cornelischen Gesetzes sei, sagt Papinian, indem er die Frage:

„an in legem Corneliam de sicariis incidat, quaero"

mit den bestimmten Worten bejaht:

„nulla parte legis . . . . — conceditur" und: „aperte contra legem fecisse eum non ambigitur." —

Darauf aber wendet er sich zur Frage über die Strafe und den Milderungsgrund mit den sich entschieden abhebenden Worten:

„sed si de poena tractas, non inique" u. s. w.

Während nun nach dem Bisherigen kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß Paulus das Recht, den fur zu tödten, habe beschränkt wissen wollen, findet sich diese Ansicht allerdings bei Ulpianus — und zwar offenbar als ein Ergebniß desselben allgemein wissenschaftlichen Gedankens, aus welchem

1) Ueber diese Beachtung von Milderungsgründen im Strafverfahren der Kaiserzeit vergl. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 659—664.

sich der Begriff der Nothwehr in seiner eigenthümlichen Begränzung und Bestimmtheit ergiebt: nämlich, daß die mit Verletzung eines Anderen verbundene Selbsthülfe nur dann rechtmäßig sei, wenn der rechtliche Zweck nicht auf andere Weise, insbesondere durch Anrufung der Staatsgewalt erreicht werden könne.

Die Hauptstelle Ulpians in dieser Beziehung ist diejenige, welche aus dem 18. Buche seines Kommentars zum prätorischen Edikte in der

Collatio leg. Rom. et Mos. VII. cap. 3.

mitgetheilt und mit bedeutenden Abänderungen auch in Justinians Pandekten, als

l. 5 pr. ad leg. Aquil. (IX. 2)

aufgenommen worden ist.

Ulpianus spricht hier sichtlich zunächst von der lex Aquilia und entwickelt das allgemeine Erforderniß jenes Gesetzes, daß die Tödtung rechtswidrig (ein *injuria* factum) gewesen sein müsse.

Dabei bemerkt er vor Allem, daß dieses Erforderniß bei der Tödtung eines Räubers, sowie bei der in Nothwehr [1]) geschehenden Entleibung eines andern, bewaffneten Angreifers nicht vorliege, und erörtert sodann, indem er hievon als von etwas Feststehendem ausgeht, die Frage, ob dasselbe auch von der in den XII Tafeln gestatteten Tödtung des fur gelte. Nachdem er den Zweifel des Pomponius, ob diese Bestimmung der XII Tafeln überhaupt noch im Gebrauche sei, erwähnt hat, giebt er seine eigene Entscheidung mit den Worten:

„Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset appre-

---

1) Daß hier nur der Fall der Nothwehr gemeint ist, wird durch das Participium des Präsens („*petentem*“) angedeutet.

hendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur."

Die Auslegung dieser Worte macht keine Schwierigkeit, sobald der Text feststeht. In Beziehung auf den letzteren aber ist zweierlei zu bemerken:

1) Obgleich die Ausgaben sowohl der Collat. leg. Rom. et Mos., als der justinianischen Pandekten „etsi" haben, nehme ich doch keinen Anstand, die Trennung in zwei Worte „et si" deßhalb vorzuziehen, weil nur sie in diesem Zusammenhang einen passenden Sinn ergiebt, und die alte Schreibart der Handschriften das Eine gleich gut, wie das Andere, zuläßt.

2) In dem ersten Satze „et si . . . . . teneatur" haben die Handschriften der Collat. l. Rom. et Mos. nur: quin lege Aquilia teneatur" ohne „non;" allein ich stimme der auch von Blume getheilten Ansicht des Pithöus bei, daß man die Stelle mit diesem Wörtchen zu ergänzen hat — was ja gerade mit „non" gegenüber unseren Handschriften der römischen Rechtsbücher unzweifelhaft sehr häufig geschehen muß und an unserer Stelle um so weniger einem äußeren Bedenken unterliegt, als hier mehrere Negationen gehäuft sind, und daher leicht eine derselben einem Abschreiber in der Feder bleiben konnte.

Zwar genügt nun für diese Aenderung der Grund nicht, auf welchen man sich bisher berufen hat, nämlich die Vergleichung mit der entsprechenden Stelle der Pandekten, l. 5 pr. ad leg. Aquil.; denn gerade dort ist ja das „noctu" in „metu mortis" umgeändert, so daß hiedurch der Satz einen ganz andern Sinn bekommen hat [1]) und eben darum für sich

1) Keiner besonderen Widerlegung bedarf die Ansicht Noodt's, daß in dem „metu mortis" der Pandekten eine bloße richtige Erklärung von Ulpians Gedanken liege (ad leg. Aquil. cap. 5, in der ob. angef. Ausg. von Noodts Werken S. 124).

allein den von den Handschriften der Collatio abweichenden Schluß auf Ulpians Worte nicht rechtfertigen kann.

Der entscheidende Grund aber, aus welchem ich die Einschiebung des non für nothwendig halte, liegt in den Worten: „sin autem . . . . . . videatur.“ Diese bilden offenbar einen bedeutenden, durch die Nebeneinanderstellung der Partikeln „sin“ und „autem“ noch besonders hervorgehobenen Gegensatz gegen die vorangehenden Worte: es ist mithin offenbar unmöglich, anzunehmen, daß die letzteren ihrem wesentlichen Gehalte nach eben nur Dasselbe sagen, wie die ersteren, und hiedurch werden wir zur Aenderung genöthigt. Der Gedanke Ulpians kann nicht der sein: „die Tödtung des nächtlichen fur fällt unzweifelhaft unter die lex Aquilia; im Gegensatze hiezu muß man aber die Rechtswidrigkeit dieser Tödtung für den Fall behaupten, daß sie unter Umständen begangen wird, unter welchen der fur ergriffen werden konnte“: denn so hätten wir als sehr entschiedenen Gegensatz Etwas dargestellt, was gar keiner ist, da die Tödtung in beiden Fällen rechtswidrig und Gegenstand einer actio ex lege Aquilia wäre, mithin in dem einen Falle ganz dieselbe Bedeutung und rechtliche Folge hätte, wie in dem anderen.

Als unterstützenden, jedoch nicht sehr erheblichen Grund kann man allerdings noch die genannte Pandektenstelle insofern anführen, als für die Verfasser derselben zu der Aenderung des „noctu“ in „metu mortis“ kein rechter Grund vorhanden gewesen wäre, wenn schon Ulpianus in der Stelle dasjenige gesagt hätte, was Justinian als Regel aufstellen will: nämlich, daß die Tödtung auch des nächtlichen fur, einzig die Fälle der Vertheidigung ausgenommen, Ahndung nach der l. Aquilia und Cornelia zur Folge habe.

Eine andere Frage, welche zwar nicht die Feststellung des Textes, aber einen nahe angränzenden Punkt, nämlich

gewissermaßen die Ernstlichkeit von Ulpians Aeußerung betrifft, ist namentlich von Noodt angeregt und seitdem manchfach besprochen worden. — Noodt hält es für unvereinbar mit dem Zusammenhange, daß Ulpian in den Schlußworten der Stelle wirklich von der Anwendbarkeit der lex Cornelia und nicht von der l. Aquilia habe sprechen wollen. Diese Ansicht haben auch Andere, z. B. Reinold in der oben angef. Abhandlung über die Vermengung der l. Aquilia mit der l. Cornelia de sicariis (§. IV.), beigestimmt. Indessen scheint mir gar keine Schwierigkeit obzuwalten und gerade Noodts Meinung auf dem Verkennen einer Eigenthümlichkeit zu beruhen, welche in der Ausdrucksweise der römischen Juristen an unzähligen Stellen nachgewiesen werden kann.

Noodt wirft nämlich der Stelle vor, daß sie in den Worten „ergo etiam lege Cornelia tenebitur" nicht auf die Frage, mit welcher sie sich offenbar beschäftige, — auf die nach der Anwendbarkeit der lex Aquilia — sondern auf etwas ganz Anderes antworte, und glaubt daher, Ulpian habe eigentlich „Aquilia" schreiben wollen, und es sei ihm statt dessen „Cornelia" nur aus Versehen in die Feder gekommen. Allein damit, daß Ulpian sagt, die Tödtung sei injuria geschehen, ist nach dem ganzen Zusammenhange die Anwendbarkeit der lex Aquilia deutlich genug bezeichnet; und es ist ja bekannt, wie sehr die römischen Rechtsgelehrten es lieben, ihre Entscheidungen in derartigen feinen Umhüllungen anzudeuten, sie nicht mit der Plattheit herauszusagen, zu welcher der heutige Schriftsteller schon durch die Gefahr der allenthalben drohenden Verdrehung genöthigt ist. — Und was kann es nun weiter Auffallendes haben, wenn Ulpian an den Satz, daß die Tödtung eine rechtswidrige sei, noch die Bemerkung anknüpft, der Thäter verwirke deßhalb sogar öffentliche Strafe (falle unter die lex Cornelia) — ? gewiß ist Dieß im

Gegentheile weit begreiflicher, als daß Ulpian, wie es nach Noodts Meinung der Fall wäre, denselben Gedanken viermal wiederholt haben sollte! denn obgleich Ulpian, im Vergleiche mit andern Römern, die Breite liebt, ist doch von derselben noch ein weiter Weg zu solcher wahrhaft geschwätziger Weitschweifigkeit.

Die Sache ist mithin ganz einfach: Gemeinschaftliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit sowohl der lex Aquilia, als der lex Cornelia war die Rechtswidrigkeit der Tödtung. Ulpian behauptet das Vorhandensein dieses Erfordernisses zunächst in Anwendung auf die lex Aquilia, welcher die Stelle, wie überhaupt das ganze betreffende Stück von Ulpians Commentar zum Edicte (ein Theil des 18. Buches), ihrem Hauptinhalte nach gewidmet ist. Sodann benützt er diesen Anlaß, mit einigen Worten die keines weiteren Beweises bedürftige Folgerung anzuschließen, daß aus demselben Grunde auch die lex Cornelia anwendbar sei — unter der Bedingung natürlich (welche nicht ausdrücklich beigefügt zu werden brauchte), daß die sonstigen allgemeinen Erfordernisse der lex Cornelia, also namentlich Dolus, vorhanden sein müssen.

Diese Auffassung, welche sich in ihren Grundgedanken schon bei Aelteren findet [1]), wird nun auch von Sanio und Abegg getheilt; dagegen kann ich diesen beiden Gelehrten in Beziehung auf den Schluß, welchen sie aus ihr ziehen, nicht beitreten.

Sie wollen nämlich in den bisher besprochenen Stellen, sowie einer weiteren, sogleich anzuführenden, den Beweis dafür finden, daß schon den großen Juristen der Kaiserzeit, insbesondere Ulpian, die Tödtung des fur nur noch in den Fällen der Nothwehr als rechtmäßig gegolten habe.

---

1) Angeführt sind dieselben bei Cannemann in der oft genannten Dissertat. S. 46 unten bis 48.

Dieß erschöpft unsere Frage nicht und ist nicht richtig.

Zuvörderst ist ja schon das bloße Ergreifen des fur eine Gewalthandlung, welche durch Nothwehr nur da gerechtfertigt wird, wo sie zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Personen oder Sachen nothwendig ist. Aber Ulpian und noch die Verfasser der justinianischen Rechtsbücher schränken es durchaus nicht auf diese letzteren Fälle ein, sondern gestatten es ohne alle Beschränkung, mithin z. B. auch gegenüber vom fliehenden Diebe alsdann, wenn es ihm nicht gelungen ist, eine fremde Sache mit sich fortzunehmen. Auch hier hat das Festhalten einen ganz guten Sinn, nämlich den, die Strafverfolgung zu sichern; aber Dieß gehört nicht mehr zur Nothwehr.

Sodann aber wird ja selbst das Recht, den Dieb zu tödten, von Ulpianus in Collatio VII. 3 §. 3 nicht auf die Voraussetzungen rechter Nothwehr eingeschränkt, sondern nur davon abhängig gemacht, daß man den fur nicht zu ergreifen vermöge — was mit jener Bedingung nicht gleichbedeutend ist. Wenn der fur, ohne eine fremde Sache mit sich fortzuschaffen, die Flucht ergriffen hat, und nun der Verfolger, dem die Einholung nicht möglich ist, ihn mit einem Steinwurfe tödtet, oder wenn der fur das Binden, Einsperren und dergl. durch seinen Widerstand unmöglich macht, und ihm deßhalb der Gegner, um ihn zu überwältigen, eine tödtliche Verletzung zufügt — sei es mit dem Willen ihn zu tödten, oder ohne diesen Willen —, so ist die Entleibung nicht in Nothwehr geschehen, und dennoch soll sie nach der Collatio VII. 3 §. 3 nicht als rechtswidrig gelten.

Nun findet sich freilich in Justinians Pandekten eine andere, gleichfalls dem Ulpianus in den Mund gelegte Stelle, nach welcher die Tödtung des nächtlichen fur nur dann nicht straflos sein soll, wenn der Tödtende ihn hätte schonen

können, ohne für sich selbst einen Nachtheil befürchten zu müssen.

D. XLVIII. 8 ad leg. Cornel. de sicar. l. 9. — „Idem“ [Ulpianus] „libro XXXVII. ad Edictum. — Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.“

Was diese Stelle betrifft, so läßt sich für's Erste vermuthen, daß Ulpianus auch hier zunächst nicht die Anwendbarkeit der lex Cornelia de sicariis, sondern nur die der lex Aquilia (für den Fall, daß der getödtete fur ein Sclave war) im Auge hatte. Denn in dem Ulpian'schen Edicts-Kommentare handelt das 37. Buch, dem die l. 9 angehört, von der actio furti, insbesondere von derselben als Noxalklage [1]), und es liegt daher gewiß näher, daß Ulpianus in diesem Zusammenhange auch die Tödtung des fur von Seiten ihrer vermögensrechtlichen Folge besprochen habe, als in Rücksicht auf die mit jener Privatstraf- und Noxalklage in gar keiner Beziehung stehende öffentliche Strafe der lex Cornelia [2]).

Allein hieraus folgt noch keineswegs, daß nach Ulpians Sinn diese letztere Strafe in den Fällen der l. 9 ausgeschlossen sein sollte; vielmehr ergibt sich das Gegentheil daraus, daß ja schon die Behauptung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit das Urtheil in sich schließt, die Tödtung sei rechtswidrig (injuria) geschehen: denn Dieß genügte zur Anwendung der lex Cornelia, woferne nur deren sonstige allgemeine Erfordernisse vorlagen.

Soll nun aber Ulpian nicht in dem nämlichen Werke sich selbst widersprochen haben, so kann in der zuletzt ange-

---

1) s. D. XLVII. 2. de furtis l. 50., l. 52.
IX. 4. de noxal. act. l. 8., l. 36., l. 38., l. 42.
Sanio a. a. O. S. 34.

2) vergl. auch Reinold a. a. O. S. 664.

führten Stelle die Straflosigkeit nicht bloß von den Fällen der Nothwehr verstanden werden; denn im 18. Buche des Kommentars zum Edicte (Coll. VII. 3 §. 3; D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 5 pr.) ist ja die erstere in viel weiterem Umfange anerkannt.

Wenn also Ulpian wirklich so geschrieben hat, wie die l. 9 ad leg. Corn. lautet, so muß man unter dem Nachtheile, bei dessen Drohen („periculum") die Strafbarkeit ausgeschlossen sein soll, auch die Vereitelung der strafrechtlichen Verfolgung, insbesondere des Anspruchs auf Privatstrafe, verstehen, so daß also auch nach dieser Stelle, wie nach Coll. VII. 3 § 3, Straflosigkeit alsdann immer begründet ist, wenn keine Aussicht besteht, daß man des Diebes werde habhaft werden (die casuistischen Fragen über Fälle, wie den, daß der Dieb zwar entwischt, aber eine dem Angegriffenen bekannte Person ist und dergl., sind dabei freilich nicht beachtet, indessen können sie für die Auslegung hier gewiß recht wohl bei Seite gelassen werden, da Ulpianns für seinen Zweck die, wenn auch formell nicht ganz vollständig in einander greifenden Andeutungen als hinreichend betrachtet und deßhalb jede weitere Kasuistik unberücksichtigt gelassen haben mag).

Sollte indessen die so eben gegebene Auslegung des „sine periculo suo" nicht befriedigen, so bliebe Nichts übrig, als auch für die l. 9 eine Aenderung Justinians zu behaupten. Hiefür spräche jedenfalls Mehr, als für die Annahme eines Widerspruches zwischen Ulpians ursprünglichen, eigenen Stellen. Namentlich könnte man sich darauf berufen, daß Justinians Kommission überhaupt mit den Werken Ulpians besonders viele Veränderungen vorgenommen [1]) und gerade in derselben Lehre, welcher die lex 9 angehört, eine andere, ausführlichere

---

1) s. hierüber bes. Bruns, quid conferant Vatic. fragm. etc. S. 17.

Stelle, die l. 5 pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2), sehr bedeutend und eben in der Richtung interpolirt hat, daß sie hiedurch eine ausdrückliche Beziehung auf die Nothwehr erhielt.

Anders, als bei Ulpianus, verhält es sich im justinianischen Rechte.

Zwar ist auch hier die Tödtung des Diebes nur für den Fall, daß es möglich war, ihn zu ergreifen (s. die angef. l. 5 pr.), ausdrücklich als strafbar bezeichnet; allein andererseits spricht dieselbe Stelle von Straflosigkeit jener Tödtung nur unter der Voraussetzung einer Lebensgefahr. Es sind also hier unmittelbare Entscheidungen nur für die zwei äußersten Fälle gegeben; zwischen beiden besteht eine weite Lücke, zu deren Ausfüllung wir übrigens nicht bloß die allgemeinen Grundsätze des justinianischen Rechtes, sondern auch zwei bestimmte, genauere Anhaltspunkte benützen können, nämlich die oben erwähnte Interpolation und die l. 9 D. ad leg. Cornel. de sicar.

Wenn in der lex 5 — was man doch im Zweifel annehmen muß — die Aenderung des „noctu" in „metu mortis" überhaupt einen tieferen Zweck hatte, als blos den, einer Zusammenziehung der Stelle [1]) zu dienen: so kann Justinians Kommission dabei nur die Absicht gehabt haben, den Kreis der Fälle, in welchen die Tödtung des fur straflos sein sollte, enger zu ziehen, als Dieß von Ulpianus mit seinen eigenen Worten geschehen war. In welchem Umfang aber die Straflosigkeit nach justinianischem Rechte noch bestehen sollte — diese Frage kann nach den allgemeinen Grundsätzen (s. unten §. 18) nur dahin entschieden werden, daß wir jene Straflosigkeit für die Vertheidigung in Nothfällen — aber nicht

---

1) Ueber die Gründe und das Verfahren bei solchen Abkürzungen ulpianischer Stellen s. Bruns a. a. O.

bloß für die des Lebens, sondern auch für die des Eigenthums — annehmen. Denn Regel ist es, daß jede vorsätzliche Tödtung Strafe nach sich zieht; die einzige Ausnahme hievon, welche für unsere Frage in Betracht kommen kann, ist nach dem justinianischen Rechte die Vertheidigung.

Aus demselben Grunde aber muß man in der l. 9 ad l. Cornel. die „Gefahr" als eine solche auffassen, welche Nothwehr zu begründen geeignet ist; denn jener Begriff, welcher einen weiteren oder engeren Sinn haben kann, muß im Zweifel so ausgelegt werden, wie es den sonst geltenden, allgemeinen Rechtsgrundsätzen am Meisten entspricht. Eben Dieß hatte vermöge des allgemeinen Standpunktes, welchen wir dem klassischen römischen Rechte in Bezug auf die uns hier beschäftigende Frage zuschreiben, dahin geführt, einen weiteren Sinn des periculum wenigstens als möglich hinzustellen; denn obwohl sich derselbe aus dem Wortlaute der Stelle nicht so ungezwungen ergiebt, wie die engere Bedeutung[1], so mußte doch von der andern Seite her das entscheidende Gewicht darauf gelegt werden, daß nach allen oben berührten Aeußerungen der großen Juristen zusammengenommen das Recht, den nächtlichen Dieb zu tödten, in dem oben bezeichneten Umfange auch von Ulpianus anerkannt war und überhaupt insoweit unbezweifelt feststand.

Eben dieser Grund aber fällt für das justinianische Recht in Folge der Interpolation, welche die l. 5 pr. erlitten hat, hinweg, und da die l. 9 ad leg. Cornel., für sich allein genommen, jeden unbefangenen Leser gewiß auf keine andere, als die engere Deutung führen wird, so dient also auch diese Stelle selbstständig, von sich aus zur Bestätigung des oben angedeuteten Satzes:

Im justinianischen Rechte ist die Gewalt, welche der Einzelne sofort gegen den betretenen

Dieb oder Räuber ausüben darf, theils auf die Voraussetzungen der Nothwehr, theils auf das Ergreifen beschränkt, und die Befugniß zur **Tödtung** jener Verbrecher als selbstständiges, von der Vertheidigung verschiedenes Recht verschwunden.

Daß aber noch im vierten und fünften Jahrhunderte nach Chr. die oben den klassischen Juristen zugeschriebene weitere Auffassung des Tödtungsrechtes vermuthlich sogar ohne Ulpians Beschränkung bestanden hatte, dafür spricht die lex Wisigothorum lib. VII. tit. 2 §§ 15. 16, welche sich hier sichtlich an das römische Recht anschließt.

§. 13.

Nach dem bisher Ausgeführten sind die rechtmäßigen Verletzungen, welche wir unter den gemeinschaftlichen und zugleich eigenthümlich begränzten Begriff der Nothwehr zu stellen pflegen, von den römischen Rechtsgelehrten aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten aufgefaßt worden: aus dem civilrechtlichen der erlaubten Selbsthülfe gegen den fur, und aus dem allgemeineren der nach jus gentium zulässigen Vertheidigung gegen „Unrecht," „Nachstellungen," „Gewalt." Einzelne Fälle der Nothwehr waren unter anderweitigen, allgemeineren Befugnissen des römischen Civilrechtes begriffen: so namentlich unter dem Rechte, den betretenen Ehebrecher und Entführer, den Feind des Vaterlandes beim Dasein gewisser Voraussetzungen zu tödten. Doch haben diese letzteren Gesichtspunkte ihrer Beschaffenheit gemäß für die Ausbildung der Nothwehr-Theorie keine allgemeinere Wichtigkeit erlangt.

Ein unserem deutschen „Nothwehr" vollständig entsprechender Ausdruck findet sich bei den großen römischen Rechtsgelehrten noch nicht — wie denn namentlich die bekannte, treffende Bezeichnung „inculpatae tutelae moderatio"

zum ersten Male in einer Constitution Diocletians und Maximinians von 290 nach Chr. (C. VIII. 4. Unde vi cst 1.) gebraucht ist.

In der That aber ist auch unser Begriff der Nothwehr mit den zwei oben angegebenen, von der römischen Rechtswissenschaft vor Diocletian aufgestellten Gesichtspunkten nicht ganz gleichbedeutend, obwohl schon in dem des jus gentium, und um so viel mehr in beiden zusammengenommenen die Rechtmäßigkeit der Nothwehr nach ihrem vollen Umfange eingeschlossen ist.

§. 14.

Die Rechtssätze über Tödtung des fur konnten unmittelbare Anwendung nur auf gewisse einzelne Fälle finden und in den anderen bloß vermöge der Gesetzesanalogie Bedeutung haben. Allein schon Dieß genügte den Römern als grundsätzliche Anerkennung der Eigenthums-Nothwehr durch das Civilrecht jedenfalls insoweit, daß sie es gar nicht für nöthig hielten, dieselbe, sofern sie gegen fures gerichtet ist, noch besonders aus dem jus gentium und aus dessen allgemeinem Vertheidigungsrechte abzuleiten. — Eben hiemit aber fiel bei den Römern gerade in Beziehung auf den häufigsten Fall der Eigenthums-Nothwehr der in unseren Tagen bis zum Ueberdruß durchgesprochene Streit über die selbstständige Zulässigkeit derselben und über ihre etwaigen Beschränkungen hinweg.

Zwar hatten die XII Tafeln die Tödtung des bei Tage betretenen fur nur für den Fall ausdrücklich erlaubt, daß dieser Verbrecher sich mit einer Waffe vertheidige; allein schon hiemit war — zumal in Verbindung mit dem Satze über Tödtung des nächtlichen fur — dasjenige, was wir Eigenthums-Nothwehr zu nennen pflegen, grundsätzlich anerkannt. Denn aus dem Gesichtspunkte des Vertheidigungs-

Rechtes — und dieses lag hier unbestrittener Maaßen vorzugsweise zu Grunde — konnte selbst der bewaffnete Widerstand des fur die allgemeine Befugniß zu seiner Tödtung blos unter der Voraussetzung begründen, daß jenes Vertheidigungsrecht auch die Eigenthums-Nothwehr in sich schloß. Die bloße Gefahr für Leib und Leben vermochte nur solche Verletzungen zu rechtfertigen, welche zur Beseitigung dieser letzteren Gefahr unumgänglich nothwendig waren, also die Tödtung bloß dann, wenn der Eigenthümer die Integrität seiner Person gegenüber dem bewaffneten Angriffe des fur nicht auf andere Weise, etwa durch bloßes Aufgeben der entwendeten Sache, sicher stellen konnte. War die Tödtung, wie sie es in den XII Tafeln ist, allgemein zur Ueberwindung der von dem fur geleisteten, bewaffneten Gegenwehr, also auch zu dem Zwecke gestattet, sich der entwendeten Sache wieder zu bemächtigen: so war auch hierin, wie in dem Satze über Tödtung des nächtlichen fur, der Grundsatz der Eigenthums-Vertheidigung anerkannt; und an diesem Ergebniß darf man sich nach dem ganzen Bildungsgange des älteren römischen Strafrechtes dadurch nicht irre machen lassen, daß jener Grundsatz seinen Ausdruck gerade nur in der Anwendung auf zwei einzelne, besonders wichtige Fälle erhalten hat.

Wollte man etwa gegen vorstehende Begründung einwenden, sie setze bei den XII Tafeln zu viele juristische Einsicht voraus, so wäre dagegen zu erwidern, daß es sich hier um ein alltägliches Verbrechen handelte, gegenüber von welchem gewiß auch in der ältesten Zeit des römischen Freistaates die Ausübung der Nothwehr unter den verschiedenartigsten Umständen vorgekommen ist; und daß jedenfalls die späteren, großen Juristen, indem sie die Tödtung des Tag-Diebes unter der obigen Voraussetzung allgemein als rechtmäßig anerkannten,

sich hiebei auch derjenigen rechtlichen Grundsätze bewußt waren, welche in jener Anerkennung nothwendig mit eingeräumt waren. Ja, man kann in dieser Beziehung noch weiter gehen und geradezu behaupten: so gut Ulpianus, und gewiß auch Andere, die Tödtung des nächtlichen Diebes aus dem Grunde beschränkten, daß dem Einzelnen eine solche Gewalthandlung nur im Nothfalle, bei vorliegender Unmöglichkeit, sich des Verbrechers zu bemächtigen, gestattet sein dürfe: ebenso wohl mußten sie folgerichtig von demselben, allgemein wissenschaftlichen Standpunkte aus anerkennen, daß auch in anderen Nothfällen, mithin bei Tage, eine Verletzung des fur statthaft sein müße: also jedenfalls zum Schutze des Besitzes und Eigenthums gegen eine Gefahr, welche nicht anders — etwa durch bereite, obrigkeitliche Hülfe — abgewendet werden konnte.

§. 15.

Da man für die Nothwehr zu Gunsten des Besitzes und Eigenthums gegen Diebstahl einen genügenden Anhalt an den oft angeführten Bestimmungen der XII Tafeln hatte, so blieben außerdem als irgendwie häufigere Fälle der Nothwehr nur noch solche übrig, deren Gegenstand gewaltsame, und zwar vorzugsweise gegen die Person selbst gerichtete Angriffe waren.

Hieraus, in Verbindung mit dem oben S. 212 ff. Bemerkten erklärt es sich, daß wir bei den Römern in der älteren Zeit nicht die Unterscheidung zwischen Nothwehr auf der einen, und den übrigen straflosen Verletzungen auf der andern Seite, sondern — gewissermaaßen als die Stelle dieses Gegensatzes vertretend — den zwischen dem natürlichen Vertheidigungsrechte gegen Gewalt, und den anderen rechtmäßigen („jure“ geschehenden) Tödtungen vorfinden —

wobei dann die civilrechtliche Selbsthülfe gegen den fur zu den letzteren gestellt wird, und die aus dem jus gentium abgeleitete Vertheidigung überhaupt eben durch ihre genannten Hauptfälle, die der „defensio contra vim“, bezeichnet ist.

Dieß erklärt sich, wenn wir uns in die römische Anschauung hineinversetzen, ganz leicht, ist aber zugleich für das richtige Verständniß der römischen Lehre sehr wichtig; insbesondere kann nur von diesem Standpunkte aus die herrschende Ansicht über den Umfang der römischen Nothwehr gegen einige neuerdings erhobene Einwendungen vollständig sicher gestellt werden.

Die so eben bezeichnete Darstellung nun findet sich in der ältesten und mit wichtigsten Ausführung über die Nothwehr, in Cicero's milonischer Rede cap. 3—4.

Es ist auch aus demselben Grunde sehr begreiflich, daß die Römer da, wo sie von dem allgemeinen, aus dem jus gentium abgeleiteten Vertheidigungsrechte als solchen reden, sich zur Bezeichnung desselben häufig der Worte „vim vi repellere“ und dergl. bedienen; so z. B. Cassius und Ulpianus in

D. XLIII. 16. de vi l. 1. §. 27,

Paulus in

D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 45. §. 4.

Hieraus darf man keineswegs, wie dieß Luden [1]) will, schließen, daß das römische Recht Nothwehr nur zum Schutze gegen g e w a l t s a m e Angriffe a u f d i e P e r s o n zugelassen habe.

Zwar unterliegt es gewiß keinem Zweifel, daß Ulpianus in der l. 1. §. 27. D. de vi die vis zunächst in demjenigen Sinne versteht, welcher beim interdictum Unde vi vorkommt

---

1) Handb. S. 295. Anm. 9.

und an anderen Orten [1]) bestimmter als „vis atrox“ bezeichnet wird. Allein selbst diese engste Bedeutung von vis fällt noch keineswegs nothwendig mit demjenigen, was Luden zur Nothwehr fordert, einem Angriffe auf Leib und Leben, zusammen, sondern schließt vielmehr auch das bloße eigenmächtige Handeln mit einer Sache in sich, woferne nur in demselben zugleich die Absicht hervortritt, einem etwaigen Widerstande nöthigenfalls Gewalt gegen die Person entgegenzusetzen. Ein wirklicher Angriff auf Leib und Leben der Person, d. h. wirkliche Anwendung körperlicher Kräfte gegen sie, ist hiezu nicht erforderlich.

Dieß geht z. B. gerade aus den Schlußworten der l. 1. §. 29. de vi, vergl. mit dem vorangehenden §. 28, und aus l. 3. §. 7. desselben Titels hervor und ist von Savigny [2]), sowie von Wächter in derselben Abhandlung, auf welche Luden sich beruft [3]), so vollständig ausgeführt worden, daß jede weitere Erörterung dieses Punktes füglich unterlassen werden kann.

Sodann aber nöthigt uns lediglich Nichts zu der Annahme, daß bei dem „vim vi defendere“, — „repellere“ das Wort vis gerade nur in jener engeren Bedeutung gemeint sei. Denn dieselbe ist keineswegs, wie Luden annimmt, die vorzugsweise übliche, sondern kommt nur in einzelnen Fällen zur Anwendung: nämlich für die Handlungen, welche die actio quod metus causa, das interdictum Unde vi und das crimen vis begründen; in Beziehung auf die beiden ersteren halten es überdieß die römischen Rechtsgelehrten noch für nöthig, ausdrücklich zu sagen, daß hier unter vis nicht jede

1) z. B. D. XLIII. 16. de vi l. 1. §. 3; quod met. causa l. 3 § 1.

2) Recht des Besitzes S. 515—516 (§. 40).

3) Im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. XI. S. 635. ff. — Die hierher gehörige Stelle ist namentlich S. 639, 640.

Gewalt, sondern nur die atrox verstanden sein solle, und für das crimen vis ergab sich Dieß ohne besondere Bemerkung von selbst daraus, daß hier die Fälle einzeln aufgezählt wurden.

Wo dagegen von den Römern der Begriff der „vis“ überhaupt angegeben und dabei nicht durch ausdrücklichen Beisatz oder durch den Zusammenhang eine Einschränkung auf vis atrox geboten ist, da hat das Wort sogar noch einen weiteren Umfang, als unser deutsches „Gewalt,“ indem es sich sogar auf jeden eigenmächtigen, gegen den Willen eines Anderen geschehenden Eingriff in dessen Vermögensrechte erstreckt.

S. z. B. D. XLIII. 24. quod vi aut clam l. 1. §. 5—9, l. 20. pr. §. 1 u. 2.

Savigny, Recht des Besitzes §. 37 (S. 477—78).

Wächter, im N. Archiv Bd. XI. S. 636.

Giebt man nun auch zu, daß diese weiteste Bedeutung, welche von den Juristen in ihrer privatrechtlichen Lehre herausgebildet worden ist, bei den Worten „vim vi defendere,“ „repellere“ nicht überall zunächst gemeint ist, so kann es doch keinen Zweifel leiden, daß wenigstens da und dort auch in dieser Fassung die aus dem jus gentium entnommene Regel sich auf die Vertheidigung gegen jeden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Leib und Vermögensrechte bezieht.

Indessen ist diese Regel, die Rechtmäßigkeit der Vertheidigung nach dem jus gentium, keineswegs bloß in Beziehung auf vis, sondern viel weiter, nämlich für die Gegenwehr gegen „Unrecht,“ „Nachstellungen“ überhaupt ausgesprochen.

So bezeichnet namentlich Cicero, de invent. rhetor. II. 53, als Gegenstand der im natürlichen Rechte begründeten Vertheidigung nicht blos „vis,“ sondern auch „*injuria*, et omnino omne quod obfuturum est.“

In ähnlicher Allgemeinheit sprechen Florentinus in D. I. 1. de J. et J. l. 3, Cajus in D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 4. pr. und zum Theile auch Paulus in l. 45. §. 4. desselben Titels. Namentlich bezeichnen auch die Ausdrücke „se defendere," „se tueri," welche in den beiden letzteren Stellen gebraucht sind, im römischen Rechte, wie sich aus D. XLVII. 9. l. 3. §. 7. ergiebt, unzweifelhaft nicht bloß die Vertheidigung der Person, sondern auch die des Eigenthums.

Daß die letztere in der That, und zwar nicht gerade bloß gegen diebliche und wider die Person gewaltthätige, sondern gegen rechtswidrige Angriffe aller Art gestattet war, dafür kann man sich nun ferner noch auf D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 53. §. 1, sowie einige späteren kaiserlichen Gesetze berufen.

Im Falle der ersteren Stelle, deren Schlußworte nach der schon von Accursius in der Glosse angedeuteten, richtigen Erklärung der Annahme der Eigenthums-Nothwehr nicht entgegenstehen, hat man unter dem Wegnehmen der Laterne gewiß nicht gerade ein furtum, sondern weit eher eine bloß muthwillige Handlung zu verstehen, und schon das gewaltsame Festhalten des Thäters ist hier eine über die einfache Abwehr hinausgehende Vergewaltigung, welche ohne besonderen Rechtfertigungsgrund von den Römern gewiß als injuria betrachtet worden wäre.

Ein weiterer, jedenfalls unterstützender Grund für die obige Ansicht liegt darin, daß spätere kaiserliche Constitutionen das Recht der Nothwehr ausdrücklich gegenüber von gewissen Eigenthumsbeeinträchtigungen anerkennen, nämlich gegenüber von solchen, welche aus Dienstvergehen öffentlicher Beamten drohen. Die wichtigsten dieser Gesetze sind

C. X. 1. de jure fisci cst. 5. (von Diocletianus und Maximianus)

— XII. 41. de metatis cst. 5. §. 1. (von Honorius und Theodosius).

Nach der ersteren Stelle ist es den einzelnen Betheiligten (nicht einmal bloß den Besitzern) erlaubt, kaiserlichen Beamten, welche ein wirklich oder angeblich dem Staate verfallenes Vermögen ohne besondere Ermächtigung des Staatsoberhauptes in Besitz nehmen wollen, Widerstand zu leisten, ohne daß für das Maaß des letzteren irgend eine Beschränkung aufgestellt wäre.

Die zweite der angeführten Constitutionen gestattet zum Schutze des Eigenthums sogar ausdrücklich einen Gegenangriff (expellere) gegen öffentliche Diener; und da der Gesetzgeber auf's Bestimmteste alle und jede Strafklage [1]) für ausgeschlossen erklärt, so zeigt sich auch hier die völlige Unzuläßigkeit jedes Zweifels daran, daß das römische Recht zum Schutze des Eigenthums nicht blos passiven Widerstand, einfache Abwehr, sondern auch die eigentliche Nothwehr in ihrem vollen Umfange zugelassen hat.

Minder bedeutend, als diese Stelle, indessen im Zusammenhange mit ihr und der zuerst angeführten immerhin nicht unerheblich sind

C. XII. 61 de executor. et exactor. cst. 5,

Nov. 124 cap. 3.

In allen diesen Stellen ist nur das Eigenthum als Gegenstand der Angriffe genannt, welche das Recht zur Nothwehr begründen; das von Luden behauptete Erforderniß einer Gefahr für Leib und Leben ist mit keinem Worte auch nur angedeutet.

Wenn nun die späteren römischen Kaiser, welche ja eben von Diocletianus an das Beamtenthum als ihre Hauptstütze

1) Das nachdrückliche Wort „*aliquod*" ist gewiß hier nicht bedeutungslos.

hegten und deßhalb sonst über Gebühr bevorzugten, wiederholt in mehreren Gesetzen es als etwas nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Nothwendiges anerkennen, daß die Einzelnen ihr Eigenthum gegen drohende Beeinträchtigungen durch im Dienste handelnde öffentliche Diener mit Gewalt sollen schützen dürfen, so geht doch wohl hieraus, zumal wenn wir damit die noch h. z. T. vielfach herrschenden Ansichten über die angebliche Pflicht zur Unterwerfung unter solche widerrechtliche „Diensthandlungen" vergleichen, mit unumstößlicher Gewißheit hervor, daß gewaltsame Vertheidigung des Eigenthums um so viel mehr gegenüber den Angriffen von Privatpersonen gestattet sein mußte: ja, indem die Gesetze der späteren Zeit von der Eigenthums-Nothwehr vorzugsweise nur in ihrer Richtung gegen die Diener der Staatsgewalt reden, kann man eben hierin einen Beweisgrund dafür finden, daß jenes Recht im Allgemeinen keiner weiteren, ausdrücklichen Anerkennung mehr bedurfte und gerade bloß in der Anwendung gegen öffentliche Diener überhaupt bezweifelt werden konnte. Der allgemeine Grundsatz, die Rechtmäßigkeit der Nothwehr gegen Angriffe auf Sachen, ist denn auch in einer der obigen Stellen (cst. 5. §. 1. de metatis) ausdrücklich wenigstens in der Begründung ausgesprochen, nämlich mit den Worten: „recteque sacrilegium prior arceat, qui primus invenerit."

Eine weitere Einwendung, welche Luden aus l. 3 §. 9 und l. 17 D. de vi (XLIII. 16) ableitet, wird geradezu durch den richtig gefaßten Begriff der Nothwehr selbst widerlegt. — Luden beruft sich nämlich noch darauf: der in seinem Besitz Angegriffene oder desselben Entsetzte dürfe nach diesen Stellen nur unter der Voraussetzung Nothwehr gebrauchen, daß er es in continenti und nicht ex intervallo thue.

Allein Dieß ist ja nichts Besonderes, sondern liegt

nothwendig im Begriffe der Vertheidigung. Ist der Angriff ganz beendigt, und in Folge seines Gelingens ein intervallum, eine Zeit des ruhigen Besitzes eingetreten, welchen der Entsetzte in der Absicht, denselben nicht sofort eigenmächtig anzufechten, seinem früheren Angreifer gestattet hat: so ist diejenige Gewalt, durch welche der Erstere den Besitz nachher wieder zu erlangen sucht, an sich nicht mehr Vertheidigung, sondern ein neuer, selbstständiger Angriff, den Niemand zur Nothwehr rechnen wird.

Luden hat offenbar Unrecht, indem er aus jenem Erfordernisse alsbaldiger Ausübung der Nothwehr schließen will, daß Nothwehr gegen einen Angriff auf Vermögensrechte, welcher nicht zugleich gegen die Person gerichtet sei, nicht für zulässig erachtet worden sei.

Zwar macht er geltend, daß die Gefahr, an seinem Vermögen einen Schaden zu erleiden, dessen Ersatz, vorzüglich hinsichtlich der auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien, in vielen Fällen nicht erwartet werden könne, durch den Verlauf längerer Zeit nach dem Angriffe nicht gehoben werde.

Allein hiebei ist das Verhältniß zwischen Besitz und Eigenthum verkannt. Die Stellen sprechen nicht davon, wozu die Gefahr für das Vermögen überhaupt berechtige, sondern nur von dem rechtmäßigen Schutze des Besitzes als solchen. — Nun berechtigt uns aber nicht jede Gefahr, an unserem Vermögen einen Schaden zu leiden, zur Nothwehr; vielmehr ist die letztere auch hier, wie sonst, auf Vertheidigung gegen diejenige Gefahr beschränkt, welche uns aus einem unmittelbar bevorstehenden oder gegenwärtigen Angriffe droht.

Ist diese Gefahr bereits in einen wirklichen Verlust des Besitzes übergegangen — was natürlich nach den einschlägigen civilrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden muß, — so

kann es sich, was den **Besitz** betrifft, nicht mehr von einer Vertheidigung, sondern nur noch von einer Wiedererlangung desselben handeln, und diese Wiedererlangung darf, wie sonst die Wiederherstellung unserer verletzten privatrechtlichen Verhältnisse, nur auf dem Wege Rechtens, nicht durch Privatgewalt erzwungen werden.

Es ist aber nach den Grundsätzen des Civilrechtes der **Besitz** der Liegenschaft selbst schon verloren, sobald wir sie binnen einer Zwischenzeit dem Gegner unangefochten, und ohne den Willen, ihn sofort wieder zu vertreiben, preisgegeben haben: die Liegenschaft selbst — einschließlich der Theile, welche etwa von ihr getrennt und dadurch zu beweglichen Sachen gemacht werden können — besitzen wir jetzt nicht mehr, d. h. es ist die Möglichkeit, auf sie einzuwirken, aufgehoben, nicht blos gefährdet.

Was aber die auf der Liegenschaft befindlichen, schon zuvor beweglichen Sachen betrifft, von denen Luden ausdrücklich redet, so muß zwischen ihrem Besitze und dem der Liegenschaft selbst, darum auch zwischen den Gefahren für beide, wohl unterschieden werden; und hiemit erledigt sich Ludens Einwand vollends gänzlich.

Es ist recht wohl denkbar, daß der Angreifer gerade nur Grund und Boden, gerade nur das Gebäude selbst zum Gegenstande seines rechtswidrigen Unternehmens gemacht hat. Denn mit dem Besitz einer Liegenschaft ist der Besitz der auf ihr befindlichen beweglichen Sachen keineswegs nothwendig verbunden, wie sich im Allgemeinen von selbst versteht, von den Römern aber noch ausdrücklich anerkannt ist.

s. D. XLI. 2. de acquir. vel omitt. poss. l. 30. pr.

Daher ist ein Angriff auf den Besitz der ersteren nicht nothwendig zugleich auch Angriff auf den Besitz der letzteren, und die Gefahr, welche dem Besitze der Liegenschaft aus dem

Angriffe droht, ist nicht an sich schon zugleich Gefahr für den Besitz der auf ihr befindlichen beweglichen Sachen. Es kommt vielmehr, was die letzteren betrifft, lediglich darauf an, ob der Angreifer der Liegenschaft überdieß noch den Besitz der auf ihr befindlichen Sachen gefährdet: entzogen wird der Besitz derselben nicht sofort dadurch, daß der Besitz des Grundstückes an dem Angreifer verloren geht, sondern erst durch eine weitere Thatsache, welche entweder darin bestehen kann, daß er sich den Besitz jener Sachen anmaaßt, oder darin, daß er auf andere Weise den bisherigen Besitzer von jeder Möglichkeit der Einwirkung auf sie ausschließt. Dieß folgt aus den allgemeinen, civilrechtlichen Sätzen vom Besitzverlust.

s. D. XLI. 2. de acquir. vel omitt. possess. l. 3. §. 13 (Paulus): Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: *Idem id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus* . . . . .

D. eod. tit. l. 44 pr., l. 13 pr. vergl. mit l. 3 cit. §. 18 und l. 47.

Daher ist auch die Nothwehr, zu welcher die dem Besitze der Liegenschaft drohende Gefahr berechtigt, verschieden von der Selbsthülfe, welche auf die Erhaltung jener beweglichen Sachen abzielt.

Da nun die römischen Stellen, auf welche sich Luden beruft, unzweifelhaft nur vom Besitze der Liegenschaft, vom Angriff auf ihn und von der Gefahr für ihn reden, so beweisen sie gar Nichts dagegen, daß der hievon ganz verschiedene Gesichtspunkt, die Gefahr für die beweglichen Sachen, von sich aus, selbstständig nach Umständen ein Vertheidigungsrecht begründen könne.

Zur Verdeutlichung denke man sich nur ein Beispiel, wie sie das Leben in fast alltäglichen Rechtsfällen bietet.

Zwei im Allgemeinen redliche Leute streiten über das Eigenthum eines Grundstückes, das der eine von ihnen besitzt und auf welchem er etwa Vorräthe aufbewahrt hält. Der Gegner entreißt ihm nun gewaltsam den Besitz des Grundstückes, aber bloß in der Absicht, den angeblichen Rechtszustand in Beziehung auf das Grundstück herzustellen, und weit entfernt davon, jene Vorräthe, die unzweifelhaft und unbestritten dem Gegner gehören, antasten zu wollen. Hier war gegen die gewaltsame Entsetzung aus dem Besitze des Grundstücks Nothwehr gestattet, aber nur „in continenti," nicht „ex intervallo;" denn das Verlorene, der Besitz des Grundstückes kann nicht mehr vertheidigt, sondern nur wiedererlangt werden; und einem anderweitigen Rechte, namentlich dem Eigenthum an jenen Vorräthen, droht aus der Besitzentsetzung, die sich nur auf das Grundstück bezogen hatte, keine Gefahr.

Denke man sich dagegen, daß eine Räuberbande von dem Grundüstcke gewaltsam Besitz ergriffen habe und nun die Vorräthe hinwegzuführen drohe: hier ist gegen das Letztere sicherlich selbstständig — mithin auch nach einem intervallum von der Besetzung des Grundstückes an gerechnet — nöthigenfalls Selbsthülfe zulässig, ohne daß nach römischem Rechte die angeführten Gesetzesstellen entgegenstünden.

§. 16.

Während nach dem Bisherigen das Vertheidigungsrecht, welches die Römer aus dem jus gentium ableiteten, unsere ganze „Nothwehr" in sich schloß, hat der Begriff der Vertheidigung überhaupt noch einen weiteren Umfang, als er nach dem üblichen Sprachgebrauche der Nothwehr zukommt.

Zu der ersteren gehören nämlich außer den Fällen der letzteren auch theils die reine Abwehr, welche überhaupt mit keiner Verletzung verbunden ist (von Manchen uneigentliche Noth-

wehr genannt), theils gewisse Handlungen, welche mit der Nothwehr sehr nahe verwandt sind, indem sie mit derselben den Rechtsgrund sowohl als den Erfolg, nicht aber den Namen gemein haben.

Die letzteren Fälle sind solche, in welchen, wie bei der Nothwehr, zu einer Verletzung des rechtswidrig Handelnden geschritten wird.

Ueberall rechtfertigt sich eine Verletzung aus dem Gesichtspunkte der Vertheidigung nur da, wo dieselbe dazu nothwendig ist, einen **thatsächlich** bestehenden und vom Rechte geschützten Zustand gegen widerrechtliches, denselben gefährdendes Thun zu erhalten.

Das Wort „Nothwehr" wenden wir auf diese Vertheidigung nur da an, wo das widerrechtliche Thun, welches sie hervorruft, ein eigentlicher Angriff ist.

Man könnte nun zwar an sich, wenn man sich über den Sprachgebrauch beliebig hinwegsetzen dürfte, alle widerrechtlichen Handlungen der bezeichneten Art Angriffe nennen. Dieß kann aber, eben weil der Sprachgebrauch selbstständig seine Anerkennung zu fordern hat, nicht geschehen, ohne daß demselben ein ganz willkührlicher Zwang angethan würde.

Wenn z. B. der betrügliche Gantmann Vermögensstücke zum Nachtheile seiner Gläubiger in ein entferntes Land zu schaffen sucht; wenn der Dieb mit gestohlenen Sachen betroffen wird, welche er binnen einer Zwischenzeit in ruhigem Besitze gehabt hatte; so ist das Wegschaffen der Gegenstände, welche zur Befriedigung der Gläubiger dienen sollen, durch den Schuldner eine eigenmächtige, widerrechtliche Gefährdung von Vermögensrechten; der Besitz des Diebes eine beständige Beeinträchtigung und Gefährdung des Eigenthums.

Gegen beiderlei Handlungen muß aus dem Gesichtspunkte der Vertheidigung Selbsthülfe gestattet sein.

Die Selbsthülfe hat also hier ganz dieselbe rechtliche Grundlage und demgemäß auch den nämlichen Umfang, wie gegenüber von allen anderen widerrechtlichen und Gefahr drohenden Handlungen. Gleichwohl erlaubt der Sprachgebrauch nicht, hier von Angriffen auf das Vermögen und von Nothwehr zu reden.

Mit solchen Beispielen ist aber begreiflicher Weise die Sache nicht abgethan; vielmehr handelt es sich um die Aufstellung eines wissenschaftlichen Grundsatzes über das Verhältniß der Nothwehr zu den anderen verwandten Fällen der Selbsthülfe, vor Allem daher darum, ein allgemeines Merkmal zu finden, nach welchem der Unterschied zwischen beiden bestimmt werden kann.

Es ist Dieß ein noch nicht genügend besprochener Punkt, dessen Wichtigkeit übrigens sich unten namentlich auch darin zeigen wird, daß in ihm der Schlüssel zur befriedigenden Lösung einiger bis jetzt nicht vollständig erledigten wissenschaftlichen Fragen liegt.

In der That nun besteht jener Unterschied nur bei der Vertheidigung gewisser, namentlich der Vermögensrechte, während bei den übrigen jede mit einer Verletzung verbundene Vertheidigung Nothwehr ist.

Dieß hängt mit einer durchgreifenden Grundverschiedenheit aller Rechte zusammen, nämlich mit dem Gegensatze zwischen denjenigen, welche der Person unmittelbar und unzertrennlich innewohnen, und solchen, die mit ihr nur äußerlich, auf eine durch ihren Willen vermittelte Weise verknüpft sind.

Man kann sich zur Bezeichnung dieses Gegensatzes immerhin der — obwohl nur von einer einzelnen Folge desselben hervorgenommenen — Ausdrücke „Veräußerlichkeit" und „Unveräußerlichkeit" der Rechte bedienen.

Unveräußerliche Rechte sind alsdann diejenigen, welche

für den Menschen theils aus seinem allgemeinen Wesen als Person, theils aus seinen natürlichen Lebensverhältnissen unmittelbar hervorgehen, ohne daß es hiezu auch nur seines Willens, diese Rechte zu haben, bedürfte. Hierher gehören daher insbesondere alle sogenannten angeborenen (nach Stahl allgemeinen) Rechte: Leben, körperliche und geistige Integrität, Freiheit, Ehre und die allgemeine Fähigkeit zu allen anderen („erworbenen" oder „besonderen") Rechten, nämlich sowohl zu den Vermögensrechten, als zu denjenigen, welche auf der eigenthümlichen Stellung in den menschlichen Gemeinschaften — namentlich in Familie, Gemeinde, Staat — beruhen. Die übrigen unveräußerlichen Rechte sind diejenigen, welche sich aus den natürlichen Lebensverhältnissen des Einzelnen ergeben, ohne daß es bei demjenigen, welcher einmal in diesen Verhältnissen steht, darauf ankäme, ob er jene Rechte haben will oder nicht; unter diesen Gesichtspunkt fallen die väterliche Gewalt und andere Ausflüsse der Stellung in der Familie.

Bei allen diesen unveräußerlichen Rechten nun ist ein widerrechtliches, eigenmächtiges Handeln, welches ihr Bestehen beim Einzelnen beeinträchtigt oder gefährdet, **Angriff** auf die Person, und, wenn es auch noch so lange fortgesetzt wird, doch immer nur ein fortdauernder Angriff. Denn die Thatsache, daß der Bedrohte Person ist, kann durch Zuwiderhandeln, so lange dasselbe fortgesetzt wird, nicht aufgehoben werden.

In und mit dieser Thatsache ist zugleich die Nothwendigkeit seiner gesammten, in der Persönlichkeit unmittelbar begründeten rechtlichen Stellung, mithin die Unverletzlichkeit seiner unveräußerlichen Rechte gegeben. Jedes andauernde Zuwiderhandeln gegen diese Rechte ist also eine mit jedem Augenblicke sich erneuernde Verletzung der Person.

Während es derselben, soweit es in der Vergangenheit liegt, schon einen Schaden zugefügt haben, insoferne also vollendete Verletzung sein kann, ist es zugleich, so lange es fortdauert, für die Zukunft eine neue Gefährdung, ein neuer Angriff gegen das (unverkümmerte) Dasein der Person als solcher. Denn zu diesem Dasein gehört der ganze thatsächliche Zustand, welcher als rechtlich nothwendig in dem Wesen der Persönlichkeit gegründet ist. Das Dasein der Person erstreckt sich seinem vollen Inhalte nach auf alle ihre unveräußerlichen Rechte; mit jeder Verletzung oder Gefährdung der letzteren ist das Dasein der Person (in seinem unverkümmerten Bestehen) verletzt oder gefährdet.

Ein thatsächlicher Zustand, welcher unveräußerlichen Rechten der Person widerspricht, kann daher nie — auch nicht einmal blos vorläufig — auf rechtlichen Schutz Anspruch machen. Hiedurch unterscheiden sich diese Rechte sehr bedeutend von den Vermögensrechten, bei welchen die (wenn auch nur vorläufige) rechtliche Anerkennung des Besitzes auf das Gegentheil führt.

Eben deßhalb nun, weil das widerrechtliche Handeln gegen unveräußerliche Rechte, so lange es fortdauert, einen steten Angriff auf die Person in sich schließt, ist hier jede mit einer Verletzung verbundene Vertheidigung Nothwehr: der oben angedeutete Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen, so daß der erstere der weitere ist und den letzteren in sich schließt, findet daher bei diesen Rechten keine Anwendung.

Würde z. B. bei uns Jemand einen Anderen im Zustande der Sklaverei halten, so wäre Dieß in jedem Augenblicke nicht bloß für die Vergangenheit ein vollendeter, sondern zugleich, so lange die Freiheitsberaubung besteht, ein fortdauernder Angriff auf die im Dasein des Geknechteten schon liegende und darum, so lange er lebt, unvertilgbare Thatsache, daß

derselbe Person, mithin ein seinem Wesen nach freies Wesen ist. — Die gewaltsame Selbstbefreiung kann daher hier unbedenklich unter den Begriff der Nothwehr gestellt werden.

Das Recht der Nothwehr ist also gegen Verletzungen unveräußerlicher Rechte stets so lange begründet, als das betreffende rechtswidrige Handeln fortdauert; denn so lange kann nie von einem gänzlich vorübergegangenen Angriffe gesprochen werden.

Begreiflicher Weise besteht von dem bisher Ausgeführten auch bei der Tödtung keine Ausnahme; denn hier wird zwar mit dem Eintritte des Todes das gesammte irdische Dasein der Persönlichkeit aufgehoben; aber eben hiemit ist zugleich auch der Angriff auf das Leben als solcher objectiv gänzlich beendigt.

§. 17.

Anders, als bei den bisher besprochenen Rechten, verhält es sich bei den veräußerlichen, d. h. nach der obigen Begriffsbestimmung bei denjenigen, welche mit der Person nur äußerlich, auf eine durch ihren Willen vermittelte Weise verbunden sind, insbesondere also bei den Vermögensrechten.

Hier kann das dem Rechte entsprechende thatsächliche Verhältniß, eben weil es nur etwas zur Person Hinzukommendes, von ihr Trennbares, nicht innerlich in und mit ihr Gegebenes ist, durch eine widerrechtliche Handlung vollständig aufgehoben und hierauf ein andauernder, dem Rechte widerstreitender Zustand gegründet sein, ohne daß gegenüber demselben ein unter den Gesichtspunkt der Vertheidigung fallendes Recht eigenmächtiger Selbsthülfe bestände.

So darf nach gemeinem Rechte in der Regel der Eigenthümer dem unberechtigten Besitzer seiner Sache dieselbe nicht eigenmächtig wegnehmen, der Gläubiger sich aus dem Vermögen

des Schuldners, welcher die Leistung unterläßt, nicht auf eigene Faust befriedigen.

Ferner aber ist bei den veräußerlichen, insbesondere den Vermögens-Rechten, eine solche Vertheidigung möglich, welche zwar mit einer Verletzung des widerrechtlich Handelnden verbunden ist, gleichwohl aber sich von der Nothwehr unterscheidet. Auch hier kann, dem Begriffe der Vertheidigung zufolge, der Zweck derselben nur Erhaltung (niemals Wiederherstellung) eines thatsächlichen Zustandes sein, und die Gränzbestimmung des Vertheidigungsrechts hängt daher hier von der Beantwortung der Frage ab, inwieweit zu diesem Zwecke eine von dem bezeichneten Erfolge begleitete Selbsthülfe vorkommen könne, die doch keine Nothwehr sein soll. Die Lösung dieser Frage giebt zugleich den Punkt an, in welchem sich hier der eigenthümliche Begriff der Nothwehr als der engere von dem weiteren der Vertheidigung überhaupt abhebt.

Man spricht bei den veräußerlichen Rechten von einem Angriff auf dieselben, und folgeweise auch von Nothwehr nur da, wo das widerrechtliche Handeln dem Berechtigten die Möglichkeit der unmittelbaren Verfügung über den Gegenstand seines Rechtes ganz oder theilweise zu entziehen droht, mithin nur bei Gefährdungen des Besitzes [1]) durch widerrechtliches Handeln.

Die hiemit gegebene Unterscheidung hat denn auch ihren guten Grund.

Angriff kann hier nur ein solches Thun sein, bei welchem der Handelnde seine Verfügungsgewalt über deren vorherigen thatsächlichen Umfang hinaus erstreckt oder doch zu erstrecken sucht. Dieß thut er da, wo er durch sein widerrechtliches

1) Ein Fall, bei welchem man das Wort „Nothwehr“ häufig in einem etwas weiteren Sinne zu nehmen pflegt, wird unten, §. 24, erwähnt werden. Außerdem s. auch unt. S. 296. Anm. 2.

Handeln die unmittelbare thatsächliche Verbindung, in welcher die berechtigte Person kraft ihres Willens zu dem Gegenstande des Rechtes steht, den Besitz, erst aufhebt oder aufzuheben sucht (beziehungsweise stört oder zu stören sucht). In allen anderen Fällen, mithin überall da, wo kein Besitz aufgehoben oder gestört wird, ist die rechtswidrige Handlung, welche ein veräußerliches Recht gefährdet, nur unter der allgemeinen, an sich schon vorhandenen Möglichkeit der Verfügung über einen bestimmten Gegenstand begriffen, mithin nicht ein neuer Angriff.

Gleichwohl giebt es, wie unten in §§. 23, 24 nachgewiesen werden wird, auch hier solche Handlungen, welche zwar nicht den Besitz, aber doch ein anderes thatsächliches Verhältniß gefährden, durch dessen Dasein das Fortbestehen oder doch die Realisirbarkeit des Rechtes überhaupt bedingt ist, und zu dessen Erhaltung daher dem Berechtigten nöthigenfalls Selbsthülfe gestattet sein muß; dieselbe stellt sich zwar hier äußerlich als ein selbstständiger Angriff dar, fällt aber dennoch, als lediglich auf die Erhaltung eines bestehenden Zustandes abzielend, durchaus unter den Gesichtspunkt des Vertheidigungsrechtes. — Einen hierher gehörigen Fall erwähnt das römische Recht ausdrücklich in l. 10 §. 16 D. quae in fraud. creditor., XLII. 8; Näheres über denselben, sowie über diese ganze mit der Nothwehr gleichartige, aber nicht zusammenfallende Vertheidigung wird unten in §§. 23—26 gegeben werden.

§. 18.

Ueberblicken wir nun, auf die Ergebnisse der bisherigen Ausführung gestützt, alles Dasjenige, was die römischen Quellen und insbesondere Justinians Rechtsbücher über die Befugniß der eigenmächtigen Vertheidigung gegen widerrechtliche Angriffe enthalten, so finden wir diese Befugniß im vollen Umfange des

wahrhaft Nothwendigen anerkannt und unter die richtigen Gesichtspunkte gestellt.

Regel ist im römischen Rechte, daß jede mit Verletzung eines Anderen verbundene Selbsthülfe, also auch die zum Schutze des Rechtes, ausgeschlossen und strafbar sein soll, wenn der rechtliche Zweck ebenso gut auch durch Anrufung des Richters erreicht werden kann [1]).

Wo Dieß aber nicht möglich ist, gestattet das römische Recht die zur Vertheidigung nothwendige eigenmächtige Gewalt, aber auch nur diese; derjenige, welcher durch widerrechtliches Handeln bedroht ist, darf seinem Gegner keine Verletzung zufügen, wenn er ohne solche alle Gefahr ebenso wohl abzuwenden vermag. Die Unmöglichkeit hievon, nicht bloß der Mangel obrigkeitlicher Hülfe, ist also Bedingung der Nothwehr [2]).

---

1) D. L. 17. de R. J. l. 176. „Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.“ C. I. 9 de Judaeis et coelicolis cst. 14. Vergl. auch D. IV. 2 quod met. causa l. 12 in f. und l. 13; XLVIII. 7 ad leg. Jul. de vi priv. l. 7, l. 8 pr.; Nov. 60 cap. 1; — Th. C. IV. 22 Unde vi cst. 3, C. Just. VIII. 4 eod. tit. cst. 7, J. IV. 15 de interd. §. 6; — D. XLIII. 3 quod legator. l. 1. §. 2; — C. J. IV. 65 loc. cond. cst. 33, VIII. 4 Unde vi cst. 10. — Cicero pro Tullio §. 52 in d. W. „agi quidem usitato jure et cotidiana actione potuit. Quid opus fuit vi? quid armatis hominibus? quid caede? quid sanguine?“

2) D. IX. 2 ad leg. Aquil. l. 45. §. 4 in den Worten *„quum aliter tueri se non possent“*; XLVIII. 8 ad leg. Cornel. de sicar. l. 9 in den Worten „si parcere ei *sine suo periculo* non potuit“ (s. ob. S. 269, vergl. mit S. 266 f.); J. IV. 2 ad leg. Aquil. §. 3 in d. W. „utique si aliter periculum effugere non potest.“ — Wegen der ersteren Stelle giebt Dieß auch Köstlin zu, welcher in Bezug auf das deutsche Recht anderer Meinung ist (System S. 89 f., bes. Anm. 6). Dagegen bestreitet Levita auch für das römische Recht die Richtigkeit des Erfordernisses, „daß die Dringlichkeit der Gefahr andere Mittel, außer der gewaltsamen Selbstvertheidigung, nicht zugelassen habe.“ Allein seine Begründung dieses Widerspruches ist nicht stichhaltig. Die angef., ihm bestimmt entgegen-

Unter dieser Bedingung aber ist die Nothwehr ohne sonstige Schranke zum Schutze aller Rechte gestattet, d. h. zur Abwendung aller Angriffe, welche gegen den irgend einem Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustand gerichtet sind. Ausdrücklich genannt sind im Einzelnen Angriffe auf Leib, Leben, Besitz, Eigenthum; ferner zwei Handlungen, welche gegen die Willensfreiheit [1]), beziehungsweise den Körper, über-

---

stehenden l. 9 und §. 3 erwähnt er hier gar nicht, und die l. 45. §. 4 will er bloß auf das Maaß, nicht auf die Bedingung der Gewalt beziehen: allein der Gedanke der Stelle: „wer unter Umständen, unter denen er sich nicht anders schützen kann, Schaden stiftet," schließt offenbar nicht bloß den Fall in sich, daß ein größeres Maaß von Gewalt, als das zur Vertheidigung nothwendige, angewendet wird, sondern auch den weiteren, daß überhaupt Gewalt gebraucht wird, während gar keine zur Abwendung der Gefahr nothwendig war.

Im Uebrigen mag hier noch bemerkt werden, daß das im Wesen der Nothwehr liegende Erforderniß dringender Gefahr auch von Cicero pro Tullio an der Stelle angedeutet wird, welche Peyron theils aus der Turiner Handschrift, theils aus Quinctil., institut. orat. V. 13 entnommen hat: „quis hoc statuit unquam, aut cui concedi sine summo omnium periculo potest, ut eum jure potuerit occidere, a quo metuisse se dicat ne ipse posterius occideretur?" (§. 56 b. Peyron.) — Auf diese Worte ist bei Cicero wohl ohne Zweifel eine uns verloren gegangene Ausführung über die Bedingungen der Nothwehr gefolgt.

1) Dieser Gesichtspunkt war nach der römischen Auffassung jedenfalls insofern der überwiegende, als die gewaltsame Schändung und vor Konstantinus auch die Entführung unter die Strafbestimmung der lex Julia de vi gestellt wurde; s. D. XLVIII. 6. ad leg. Jul. de vi publ. l. 3. §. 4. Denn alle Rechtsverletzungen, auf welche die Strafbestimmung dieser lex in der Kaiserzeit ausgedehnt wurde, haben das Gemeinsame, daß sie gegen die Willensfreiheit gerichtet sind. (S. Wächter im N. Arch. Bd. XIII. S. 225—226, 212—216) — Merkwürdig ist übrigens, daß, wie sonst, so auch bei Veranlassung der Nothwehr in den römischen Stellen die gewaltsame widernatürliche Unzucht (ein bei uns äußerst seltenes Verbrechen) mehr genannt ist, als die gewaltsame Schändung von Weibern. Schon deßhalb gebrauche ich oben im Texte nicht das Wort Nothzucht, das technisch genommen nur die zuletzt genannte Handlung bezeichnet — und zwar nach gemeinem deutschem Rechte

dieß aber gegen die Ehre des Einzelnen und die rechtliche Ordnung der geschlechtlichen und Familienverhältnisse gerichtet sind: Entführung und Versuch einer gewaltsamen Schändung.

Es reden nämlich von Angriffen auf Leib oder Leben
Sallustius, Jugurtha cap. 22 [1]);
Cicero pro Milone cap. 2, 4, 11, 15 [2]);
C. IX. 16. ad leg. Cornel. de sicar. cst. 2, 3 [3]);

---

nur dann, wenn sie an einer unverläumdeten Frau oder Jungfrau begangen wird.

Nur aus der einseitigen Rücksichtnahme bloß auf den letzteren Begriff erklärt es sich, daß viele Schriftsteller (so selbst Böhmer, meditat. ad C. C. C. Art. 140) einer nicht unverläumdeten Frauensperson die Nothwehr gegen gewaltsame unzüchtige Angriffe versagen wollen: auch hier ist die Handlung zwar nicht Nothzucht, aber doch crimen vis und berechtigt als solches zur Nothwehr. Ein bloßes Versehen dagegen ist es wohl, daß Berner im N. Arch. 1848. S. 572 im Abdrucke der l. 1. §. 4. D. ad leg. Cornel. de sicar. statt eum, qui ..... dimittendum gesetzt hat: „eam, quae ...... dimittendam."

1) Hier läßt der Geschichtschreiber den Jugurtha sich auf das *jus gentium* (das auch hier offenbar die gewöhnliche, weite römische Bedeutung hat und nicht mit „Völkerrecht" übersetzt werden dürfte — s. oben S. 244 ff.) zur Rechtfertigung seines ungerechten Krieges gegen Adherbal berufen: „Adherbalem dolis vitae suae insidiatum; quod ubi comperisset, sceleri obviam isse: populum Romanum neque recte, neque pro bono facturum, si ab jure gentium sese prohibuerint."

2) Auch im 15. Kap. bezieht sich eine Stelle, nämlich die Worte „Quid? privato Milone ...... — opprimendi fuit" auf die Nothwehr. Denn das Wort causa bezeichnet in diesem Satze ausdrücklich und bestimmt den drohenden Angriff („impetus") als hinreichenden Rechtsgrund für eine Vergewaltigung (vergl. den Gebrauch des Wortes causa in cap. 6 (§. 15), cap. 21 a. E. (§. 56) und cap. 22 am Anf.; Osenbrüggen in seiner Ausg. der Rede, zu §. 15, S. 70); und in der That kann hier bei jener Behauptung an gar nichts Anderes gedacht sein, als an einen angeblichen Stand der Nothwehr, wobei Cicero allerdings den fraglichen Vorfall selbst, wie die Vergleichung mit epist. ad divers. I. 5b. §. 2 zeigt, zum Mindesten sehr bedeutend übertreibt.

3) Sehr beachtenswerth ist in Bezug auf die letztere Stelle Herr-

von räuberischen Angriffen, also solchen, welche gegen Leib oder Leben, gegen die Willensfreiheit, und zugleich gegen das Vermögen gerichtet sind,

D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 4. pr.;
Th. C. IX. 14. ad leg. Cornel. de sicar. cst. 2,
C. J. III. 27. quando liceat unicuique cst. 1[1]);
— IX. 16. ad leg. Cornel. de sicar. cst. 4;
J. IV. 3. ad leg. Aquil. §. 2;
Paulus, rec. sentent. V. 23. §. 8;

von Angriffen auf den Besitz und auf Vermögensrechte überhaupt: sowohl die fast durchaus schon oben angef. Stellen über Tödtung des Diebes, namentlich

D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 4. §. 1, l. 5. pr.,
— XLVIII. 8. ad leg. Cornel. de sicar. l. 9,
Coll. leg. Rom. et Mos. VII. 2 und 3,
arg. D. IV. 2. quod met. causa l. 7,
Cicero pro Tullio §§. 47—50; 52[2]).

---

mann's Bemerkung zu derselben in seiner Ausgabe des justinianischen Coder.

1) Diese Constitution, welche schon in dem Theodosianus Codex, tit. ad leg. Cornel. de sicar. (IX. 14) als cst. 2 enthalten war, beschränkt sich aber nicht auf Nothwehr, sondern giebt überhaupt aus Gründen der öffentlichen Sicherheit die Tödtung Solcher frei, welche bei Nacht auf ländlichen Grundstücken Verwüstungen und Plünderungen verüben. Sie war ursprünglich ein Gelegenheitsgesetz, veranlaßt durch derartigen Unfug, welchen „Barbaren," namentlich abtrünnige Soldaten, in Macedonien und Thessalien verübten. S. Zosimus IV. c. 48, 49, vergl. mit c. 30—34; Gothofredus, commentar. ad cst. 2. Th. C. cit. t. III. S. 86 f. (Ausg. v. Marvillius).

2) Die Vergleichung dieser beiden Stellen aus der Rede pro Tullio mit einander bestätigt zugleich die obige Behauptung, daß die Bestimmungen der XII Tafeln über Tödtung des fur auch von den römischen Schriftstellern als etwas Besonderes, Selbstständiges, keineswegs mit der Nothwehr durchaus Zusammenfallendes betrachtet wurden (ob. S. 238 ff.). Denn in §. 47 ff. wird jene Tödtung des fur ohne Bezugnahme auf die

Cicero pro Milone cap. 3,
als die über Vertheidigung des Besitzes von Liegenschaften,

Nothwehr abgehandelt und der Tödtung des **homo sacer**, welcher durch Verletzung eines Volkstribuns seine Rechtlosigkeit verschuldet hatte, an die Seite gestellt; in §. 52 dagegen, also an einer ganz getrennten Stelle, ist umgekehrt von der Nothwehr ohne Erwähnung der XII Tafeln die Rede.

Nichts beweist gegen die Vermögens-Nothwehr der Satz der XII Tafeln, daß der betretene Tag-Dieb, um getödtet werden zu dürfen, sich mit einer Waffe vertheidigt haben müße (D. ad leg. Aquil. l. 4. §. 1, ferner XLVII. 2. de furtis l. 54. §. 2). Denn gerade darin, daß hiernach der bewaffnete Widerstand des fur als unrechtmäßig gilt, liegt umgekehrt die Rechtmäßigkeit der gegen ihn geübten Gewalt; nur ist der Ausdruck der XII Tafeln insoferne unvollkommen, als solche Fälle nicht beachtet sind, in welchen das bedrohte Recht auch gegenüber einem solchen betretenen fur, welcher keinen bewaffneten Widerstand leistet, durch Tödtung desselben, und nur durch sie, aufrecht erhalten werden kann. Allein derartige Fälle konnten bei der alten technischen Bedeutung des **deprehendere** (Caj. III. 184 und ob. S. 224) nur äußerst selten vorkommen; denn in diesem Sinne „**deprehensus**“ (mit rechtlicher Wirkung) war nur derjenige **fur**, welcher auf der That selbst („**dum furtum fit**“) betreten wurde, und gegen einen Solchen werden, wenn er sich nicht gewaffnet vertheidigt, zum Schutze des Vermögensrechtes fast immer andere Mittel, als gerade bloß Tödtung, zu Gebot stehen. — Was aber das justinianische Recht betrifft, so hat dasselbe mit der Wiederholung des obigen Satzes aus den XII Tafeln gewiß keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die Nothwehr beabsichtigt; vielmehr treten diese letzteren Grundregeln zu jenem Satze ergänzend hinzu, indem sie ihn zugleich ebendeßhalb, was seinen mangelhaften Ausdruck betrifft, berichtigen. — Hiernach war die Einwendung nicht begründet, welche Luden (Abh. II. S. 489) aus der angef. l. 4. §. 1 abgeleitet, übrigens auf Zachariä's Entgegnung (N. A. 1841. S. 430) selbst zurückgenommen hat (Hdb. I. S. 295. Anm. 9 — nicht beachtet von Levita, Nothwehr S. 43 f.). Andererseits aber ist es unrichtig, wenn Levita (a. a. O.) unter **fur** *deprehensus* nicht überhaupt den betretenen, sondern nur den ergriffenen verstanden wissen will; denn **deprehendere** bezeichnet (anders als *ad*prehendere in Coll. VII. 3. §. 3, D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 5 pr.) gerade das Betreten überhaupt (s. z. B. *D. XLVII. 2. de furtis l.* 7. §. 2, Coll. VII. 3. §. 2, vergl. mit Caj. III. 184, J. IV. 1. de obl. quae ex del. §. 3, D. XLVII. 2. de furtis l. 3 — l. 7. §. 1; Abegg im N. Arch. 1833. S. 432 ff., ob. S. 224, 225. Anm. 1, Schrader, in s. Ausg. der

D. XLIII. 17. de vi l. 1. §. 27, l. 3. §. 9, l. 17,

C. VIII. 4. Unde vi cst. 1,

und über den Widerstand gegen Vermögens-Beeinträchtigungen durch Beamte [1])

C. J. X. 1. de jure fisci cst. 5,

Th. C. VII. 8. de metatis cst. 10,

C. J. XII. 41. eod. cst. 5. §. 1;

Th. C. XII. 6. de susceptor. cst. 32,

C. J. XII. 61. de executor. cst. 5;

Bas. LVI. 10. (hieraus die restituirte cst. 4. C. de discussor., X. 30.)

Nov. 124. cap. 3 [2]);

von Angriffen auf die Keuschheit

Cicero pro Milone cap. 4 am Anf.,

D. XLVIII. 8. ad leg. Cornel. de sicar. l. 1. §. 4,

Paulus rec. sent. V. 23. §. 8;

von Entführung [3])

C. IX. 13. de raptu virg. cst. 1. pr.,

Institut. zu §. 3. de obl. quae ex del. z. d. W. „visus vel deprehensus", S. 583, 584).

1) s. ob. §. 15, S. 277, 278; unten §. 20.

2) Zur Vermögens-Nothwehr gehört auch noch das Recht, fremde Sachen, welche den unserigen Gefahr drohen, zu zerstören. S. hierüber D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 29. §. 3, l. 49. §. 1, XLVII. 9. de incendio l. 3. §. 7, XLIII. 24 quod vi aut clam l. 7. §. 4, XIX. 5 de praescr. verb. l. 14 pr.; Noodt, ad leg. Aquil. lib. sing. cap. 6. (S. 126), Wächter, Lehrb. des Strafr. Bd. I. S. 98 und Hdb. des württ. Privatr. Bd. II. S. 407, 408, sowie die das. S. 408. Anm. 14 Angef. – Von einem drohenden Angriff auf unser Vermögen kann man hier freilich nicht reden; allein die von den fremden Sachen drohende Gewalt steht, was die objective Richtung gegen unser Recht betrifft, einem Angriffe ganz gleich.

3) Auch hier war das Tödtungsrecht nicht auf die Fälle der Nothwehr beschränkt. S. über seinen Umfang Heffter, Lehrb. §. 461. Anm. 1, Wächter, Abh. aus dem Strafr. S. 66.

C. I. 3. de episcopis cst. 54.

Was die l. 1. §. 4. D. de sicar. betrifft, so erweckt schon ihre Fassung nicht, wie Levita glaubt, das Bedenken, „als ob in diesem Falle dem Vertheidiger der Keuschheit ein eigentliches Rache- und Tödtungsrecht eingeräumt wäre, wie ein solches im älteren und neueren Recht dem Manne und Vater gegen den Ehebrecher gewährt sei.“ Denn einerseits kann „stuprum inferre“ recht wohl die unmittelbare thätliche Bedrohung mit der Schandthat bezeichnen (ebenso wie caedem inferre nicht tödten, sondern „auf Leib und Leben angreifen“ heißt), und überdieß ist ja das Wort inferentem nicht blos Participium des Präsens, sondern auch des Imperfectum, dessen Gebrauch für die Bezeichnung des bloßen Versuches eine unbestreitbare Feinheit der klassischen Redeweise ist (so eben bei Cicero a. a. O.: „pudicitiam cum *eriperet*“ = „eripere conaretur.“)

Jedes sprachliche Bedenken aber muß Angesichts der oben genannten Stelle von Paulus verschwinden, wo gleichfalls die Worte „stuprum inferentem“ gebraucht sind, und doch offenbar, wie schon das folgende „pudorem defendit“ zeigt, nicht die vollendete Schändung, sondern bloß einen Angriff, gegen welchen Nothwehr zulässig ist, bezeichnen. Daß alle drei Stellen — die von Paulus und Cicero ebenso, wie die l. 1. §. 4, welche ein Rescript Hadrians enthält — bloß von Tödtung reden, kann schon darum keine Schwierigkeit machen, weil alle drei Stellen sich auf wirklich vorgekommene Rechtsfälle beziehen [1]).

---

1) Dieß Letztere hat in Bezug auf die l. 1. §. 4 cit. auch Levita hervorgehoben, und er beseitigt — u. A. ebendeßhalb — mit Recht sofort selbst sein ob. angef. Bedenken. Kein Gewicht hat aber Dasjenige, was er gegen dieses Bedenken S. 50 aus der lex Julia de adulteriis ableiten will; denn er übersieht dabei, daß Hadrianus und Marcianus in der angef. l. 1. §. 4 nicht von „stuprum“ überhaupt, sondern nur von gewalt-

Was die Tödtung des fur betrifft, so versteht es sich von selbst, daß, seitdem man dieselbe lediglich unter die Bedingungen der Rechts-Vertheidigung stellte, auch deren allgemeine Erfordernisse in diesem Falle genügen mußten, und hier mithin nicht etwa neben denselben die Pflicht zur Erhebung des Geschrei's (s. ob. S. 226 ff.) noch als besondere Bedingung der Straflosigkeit fortbestand [1]).

---

samem stuprum reden. So hat denn Levita auch in seinem Abdrucke der Stelle S. 48 die wichtigen Worte „per vim" ausgelassen.

Bei Demjenigen ferner, was Levita S. 51 in der Anm. gegen Abegg sagt, ist nicht beachtet, daß der letztere Gelehrte — wie seine Schlußbemerkung in §. 38, S. 186 der „Unters." zeigt — ebendas. auf S. 185 unter den Fällen der Strafloserklärung auch die bloße Befreiung von der Strafe der l. Cornelia (nicht von Strafe überhaupt) begreift. Es ist hiernach nicht richtig, daß Abegg, wie Levita sagt, seine Behauptung „es handle sich hier um die gewöhnlichen Grundsätze der Nothwehr" (S. 184) durch das auf S. 185 Bemerkte selbst wieder aufhebe. Abegg will vielmehr allerdings nur in den Fällen der rechten Nothwehr Straflosigkeit; dagegegen da, wo sich eine Ueberschreitung der Nothwehr trotz der Schwierigkeit des Beweises herausstelle, Strafe, aber eine mildere, als diejenige, welche sonst in der Kaiserzeit über die Fälle der l. Cornelia verhängt wurde; d. h. er will den schändlichen Angriff als Strafmilderungsgrund wirken lassen, was nach dem unten in §. 22 zu Bemerkenden ganz richtig ist.

1) Während nach dem Obigen bei dem Rechte zur Tödtung des Diebes der geschichtliche Entwicklungsgang darauf führte, diese Befugniß unter den Begriff der Vertheidigung zu stellen, hatte bei der Tödtung des ertappten Ehebrechers gerade umgekehrt ein von den Rechtsgelehrten, und zwar jedenfalls schon seit Labeo, aufgestelltes beschränkendes Erforderniß die Wirkung, daß keine Tödtung der letzteren Art mehr unter den Gesichtspunkt der Rechtsvertheidigung fallen konnte. Denn Labeo und die späteren Rechtsgelehrten verlangten hier zur Straflosigkeit, daß die Betretung, auf welche hin die Tödtung sofort erfolgt sein mußte, bei der Verübung der ehebrecherischen Handlung selbst („in ipsis rebus Veneris," „ἐν ἔργῳ") geschehen sein müße, und Ulpianus giebt Dieß als feststehendes Recht (s. D. XLVIII. 5. ad leg. Jul. de adulter. l. 23). In jenem Zeitpunkte aber ist es doch offenbar für die Vertheidigung zu spät, und es können nun nur noch die Rücksichten eintreten, welche in diesen Fällen schon früher die weit überwiegenden gewesen sein

Keine ausdrückliche Entscheidung enthält das römische Recht darüber, ob gegen bloße Angriffe auf die Ehre, also gegen wörtliche oder symbolische Ehrenbeleidigungen, Nothwehr gestattet sei. Unbestritten [1]) und unzweifelhaft ist aber, daß eine bloß wörtliche oder symbolische Erwiderung der Ehrenbeleidigung straflos war, soferne erstere unter den Gesichtspunkt eigentlicher Nothwehr fiel (so z. B. das Wort „mentiris" im Falle der l. 25 D. de procur., III. 3). — Von thätlicher Gegenwehr gegen wörtliche und symbolische Ehrenbeleidigungen ist in den römischen Quellen wohl schon darum nicht die Rede, weil wahre Nothwehrfälle dieser Art überhaupt selten sind, und Dieß zumal bei den für bloße Scheltworte und dergl. nicht sehr empfindlichen Alten sein mußten [2]). Daß aber auch die

---

müßen: gegenüber der schuldigen Frau das judicium domesticum, gegenüber dem Ehebrecher aber die Anerkennung einer (wenn auch beschränkten) Rache-Befugniß, und die Entschuldigung des gerechten Affectes (a. M. ist Platner, quaestiones S. 72, indem er die Tödtung des Ehebrechers überhaupt bloß unter den Gesichtspunkt des gerechten Affectes und der Vertheidigung des Hausrechtes gestellt wissen will).

Was aber Justinian's Bestimmung in Nov. 117. cap. 15 betrifft, so räumt dieselbe zwar zur Vertheidigung ein Tödtungsrecht ein — aber unter eigenthümlichen Voraussetzungen, welche von denen der Nothwehr sehr bedeutend abweichen.

1) Außer von Luden (s. u. die übernächste Anmerk.).

2) Man denke z. B. an die bekannte Scene zwischen Themistokles und Adeimantos, die bei uns fast mit Nothwendigkeit hätte zu einem Zweikampfe führen müßen; ferner an die große Freiheit aller gerichtlichen Aeußerungen (z. B. Cicero de oratore II. 70, vergl. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 309), und an so manche Zeugnisse der alten Schriftsteller über den Geist, welcher bei den Römern in jener Beziehung herrschte; z. B. Sueton., Tiber. c. 28; Tacitus Annal. I. 72. — Bei uns zweifeln sehr Viele bekanntlich sogar daran, ob durch Thätlichkeiten überhaupt jemals eine bloße Gefahr für die Ehre abgewendet werden könne. Die richtige Begründung der bejahenden Ansicht s. bei Heffter, Lehrb. § 43. Anm. 4, Berner, im N. Arch. 1848. S. 575. Uebrigens wird die Frage in allen neueren Schriften über die Nothwehr — und so auch von

Ehrenbeleidigung an sich genügender Gegenstand für Nothwehr, mithin erforderlichen Falles selbst für gewaltthätige Vertheidigung, war, folgt aus den ob. S. 276 f. angef. allgemeinen Sätzen der Römer — namentlich aus dem Worte „injuria" bei Cicero de inv. II. 53, de offic. I. 7, bei Florentinus l. 3. D. de J. et J. — Wenn hiegegen Luden [1]) den an der letzteren Stelle beigefügten, nicht so weit reichenden Grund geltend macht, so verkennt er dabei die unbestrittene Thatsache, daß solche Begründungen der römischen Rechtsgelehrten keineswegs immer erschöpfend sind und daher nicht zur Einschränkung des Rechtsatzes selbst, dem sie beigefügt sind, benützt werden dürfen. Ueberdieß aber werden durch jenen Einwand die beiden angef. ciceronischen Stellen, von denen Luden schweigt, nicht getroffen.

---

den zuletzt Angeführten — zu allgemein so gestellt: ob gegen jene Ehrenbeleidigungen Nothwehr zulässig sei. Denn daß eine die Gränzen der Selbstvertheidigung einhaltende wörtliche Erwiderung jedenfalls straflos ist, war in Deutschland von jeher unbestritten — auch von denjenigen, welche im Uebrigen gegen die Retorsion der Injurien waren, wie Böhmer, ad Carpzov. qu. 97. obs. 3, 5, Eisenbach (praes. Kapff), D. de compensat. c. maleficia §. 19, Wächter, Lehrb. II. S. 107; — um so viel mehr von denen, welche die Retorsion in der That (wenn auch nicht den Worten nach) in viel weiterem Umfange zuließen, wie Carpzov qu. 97. Nr. 22 ff., Leyser, spec. 543. med. 6, 7; Struv, de vind. priv. (Jena 1740 u. sonst) cap. 10. aphor. 10.

1) Luden, Abhandl. S. 490, 491: „Ebensowenig kann nachgewiesen werden, daß das römische Recht gegen Ehrverletzungen, insofern sie nicht Realinjurien sind, welche einen Angriff gegen die persönliche Integrität enthalten, die Nothwehr gestatte. Wenn auch Florentinus im Allgemeinen sagt, es sei im jus gentium begründet, ut vim atque injuriam „propulsemus", so fügt er doch weiter hinzu: „nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur", zum Beweise, daß er dabei nur an Schutz der persönlichen Integrität gedacht habe."

(Hiernach läugnet also Luden jede, mithin auch die bloß wörtliche, Nothwehr gegen Ehrverletzungen.)

Die vorstehende quellenmäßige Begründung des Rechtes zur Selbstvertheidigung gegen Angriffe auf die Ehre genügt also vollkommen.

Andererseits aber muß das Wort injuria an den obigen Stellen, der ganzen Allgemeinheit ihres Ausdruckes und dem Zusammenhange gemäß, in der weiten Bedeutung von Unrecht überhaupt, nicht bloß in der engen desjenigen Unrechtes, welches die actio injuriarum erzeugt, genommen werden [1]): denn auf diese actio, überhaupt auf eine Beschränkung des Begriffes im letzteren Sinne deutet nicht ein Wort in den Stellen hin. Verkannt wird das Verhältniß zwischen diesen beiden Bedeutungen der „injuria" in unserer Frage von Levita [2]), indem er den weitesten Umfang ihres Begriffes in Köstlin's Satze finden will

> „injuria sei jede dolose Störung der Person in der ungehinderten Bewegung in ihrem vom Staate anerkannten Rechtskreise, wenn nur das Wesen des Verbrechens in der Richtung gegen die Person, nicht gerade in der Richtung gegen das Vermögen liege."

Dieß ist aber gerade nur der engere Begriff der injuria, diejenige Bedeutung, in welcher das Wort, wie Ulpianus erläutert, bei der Injurienklage vorkommt oder eine contumelia, Verletzung der Ehre (nach Köstlin der existimatio im antiken Sinne) bezeichnet. — Levita legt nun diesen vermeintlich weitesten, in der That engeren Begriff von injuria der l. 3. D. de J. et J. unter, und glaubt hie-

---

1) Ueber diese zweierlei Bedeutungen von injuria s. Ulpian in Coll. leg. Rom. et Mos. VII. 3. §. 4, l. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil., IX. 2, und in l. 1. pr. D. de injur., XLVII. 10; ferner J. IV. 4. de injur. pr. — Vergl. auch Wächter, Lehrb. Bd. II. S. 76, S. 89 f.

2) Nothwehr S. 35, 36 — zu vergl. mit Köstlin's Ausführung in der Zeitschr. f. deutsches Recht. Bd. XV. S. 158 ff.

durch die „breiteste Grundlage" des Selbstvertheidigungsrechtes zu erhalten. Allein in der That könnte auf dieser Grundlage nur das Recht zur Vertheidigung gegen solche Verbrechen ruhen, deren „Wesen in der Richtung gegen die Person, nicht gerade gegen das Vermögen liegt" — also z. B. nicht gegen Diebstahl, Sachbeschädigung. Dieß räumt auch Levita selbst stillschweigend ein, indem er weiter sagt, durch die Anwendung jenes Begriffes von injuria auf das Recht der Vertheidigung werde auch jeder rechtswidrige Angriff „**der Persönlichkeit**" (also nur dieser, nicht auch des bloßen Vermögens) dem Rechte der Vertheidigung unterworfen. Vermöge dieses Standpunktes ist denn Levita genöthigt, die Vertheidigung gegen Angriffe auf das Vermögen bloß aus den anderen, kasuistischen Stellen zu begründen, welche vom Schutze des Besitzes und von der Tödtung des Diebes reden — zumal da er (S. 36—37) auch das Wort „vis" bloß auf diejenigen Gewalthandlungen bezieht, welche theils in den leges Plautia und Julia de vi, theils in der lex Cornelia de sicariis mit Strafe bedroht waren (s. dagegen das oben S. 274 ff. Ausgeführte).

Die Vertheidigung gegen „wörtliche und symbolische Angriffe der Ehre" fällt nun freilich auch unter den engeren römischen Begriff der injuria, und zwar gerade darum, weil injuria in diesem Sinne unter Anderem auch dasjenige bezeichnet, was auch die Deutschen von jeher unbestrittener Maaßen als Ehrverletzung aufgefaßt haben — insbesondere die wörtlichen und symbolischen Ehrenbeleidigungen. Deßhalb mußte denn auch gegen diese bei den Römern Selbstvertheidigung gestattet sein, nicht aber umgekehrt aus dem Grunde, daß die Begriffe der Ehre und Ehrverletzung bei den Römern andere waren, als bei den Germanen; nicht weil — wie Levita (wieder mit einem Satze Köstlin's) sagt — „der römische Ehr-

begriff sich im Gegensatze des germanischen mit der äußeren Erscheinung der vollen persönlichen Rechtsfähigkeit (dem dignitatis illaesae status) identificirte und sich, wie die römische existimatio, zu einer Art von staatsbürgerlicher Eigenschaft der Person objectivirte [1])." Die Anwendung dieses Köstlin'schen Satzes paßt hier offenbar nicht: denn nicht das soll derselbe in Köstlin's Sinne sagen, daß die Römer denjenigen Ehrverletzungen, welche auch wir als solche betrachten, mehr Gewicht beigelegt hätten [2]); nicht darin besteht nach Köstlin's Ansicht die Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes, daß es in jeder Injurie einen Angriff auf die gesammte äußere Erscheinung der vollen persönlichen Rechtsfähigkeit u. s. w. erblickt hätte, sondern vielmehr im Umfange der injuria (selbst nach ihrer engeren römischen Bedeutung), darin, daß Alles, was zu jener äußeren Erscheinung gehört, Gegenstand einer Injurie habe sein können. — Durch jede einzelne Injurie wurde jene Erscheinung eben nur in einer einzelnen Beziehung, z. B. durch eine wörtliche oder symbolische Injurie nur in

---

1) a. a. O. S. 37.

2) Im Gegentheile spricht dafür, daß auch Köstlin von der oben S. 299 zu Anm. 2 ausgesprochenen Ansicht ausgeht, mit voller Bestimmtheit der Grund, welchen er in der von Levita angef. Arbeit (Ztschr. f. deutsches Recht Bd. XV.) dafür angiebt, daß bei den Römern die Injurie zu den Privatdelicten gezählt wurde. „Gerade der hohe Werth der antiken Persönlichkeit" — sagt er — „sei es gewesen, der hier nur die Privatgenugthuung (nebst Infamie des Thäters) als adäquates Reaktionsmittel habe erscheinen lassen, und zwar nur eine Genugthuung in Geld, worin sich gerade die stolze Erhabenheit über die Möglichkeit persönlicher Empfindlichkeit, über die bloße Denkbarkeit einer wirklichen Schmälerung der Ehre durch Privatunbill charakteristisch ausspreche. Erst die Lockerung des festen Fundaments des Bürgerthums habe, vornämlich erst im Laufe der Kaiserzeit, den Ehrbegriff empfindlicher und einer stärkeren Geltendmachung in der öffentlichen Meinung bedürftig gemacht."

Hinsicht auf die Ehre im idealen Sinne dieses Wortes beeinträchtigt [1]).

§. 19.

Wie für die bisher besprochenen Fragen schon, so enthalten auch für die übrigen, welche bei der Nothwehr entstehen, die römischen Quellen zwar nicht das ausgeführte Netz einer vollständigen Kasuistik (wie ja formelle Vollständigkeit der Darstellung im Strafrechte überhaupt nicht ihre Sache war), aber genügende Anhaltspunkte in allgemeinen Grundsätzen und einzelnen Anwendungen derselben [2]). Hierauf beruht es denn, daß die italienischen Juristen des Mittelalters auf dem Boden jener römischen Grundsätze mit leichter Mühe ein in den meisten Beziehungen durchaus richtiges Lehrgebäude

---

1) Nicht hierher gehört die Frage, ob Köstlins Erklärung des beschränkteren Umfanges, welchen die Ehrenbeleidigung im älteren deutschen Rechte hat, aus dem Unterschiede zwischen dem römischen und germanischen Ehrbegriffe überhaupt richtig ist, oder ob nicht vielmehr auch jetzt immer noch daran festgehalten werden muß, daß die römische Auffassung der Injurie die allgemein vernunftgemäße („legislativ sich empfehlende" — Wächter a. a. O. S. 90) ist, welche sich aber eben erst bei feinerer Ausbildung der Rechtsbegriffe deutlich herausstellen konnte — wie sie denn auch bei den Römern erst der Rechtswissenschaft angehört. — Vergl. auch, außer Wächter a. a. O. S. 89 und den dort Angef., namentlich noch Welcker „letzte Gründe" u. s. w. S. 256—257.

2) Daß die Römer in der Anwendung jener allgemeinen Grundsätze auf die einzelnen vorkommenden Fragen ganz sicher gewesen sein müßen, darauf läßt namentlich die verhältnißmäßig geringe Anzahl von Stellen schließen, welche sich mit dem Vertheidigungsrechte beschäftigen. Denn Berufung der Angeklagten auf Nothwehr muß in Civil- und Strafprocessen sehr häufig gewesen sein. So spricht namentlich Cicero pro Tullio §. 55 von diesem Vertheidigungsgrunde in einer Weise, welche deutlich zeigt, daß die Nothwehr sehr oft (ebenso wie h. z. T. noch) als bloße Ausflucht eingewendet wurde: „At enim oppugnatum fortasse me venissent: haec est illorum in causa perdita extrema non oratio neque defensio, sed conjectura et quasi divinatio."

aufstellen konnten. — Sowohl durch die letztere Thatsache, als durch die Betrachtung der römischen Grundsätze selbst werden Zöpfl's entgegengesetzte Behauptungen über das römische Recht [1]) hinlänglich widerlegt. In welcher Weise dasselbe von der späteren Wissenschaft in's Einzelne hinein verarbeitet und insoferne weitergebildet worden ist, wird sich unten, §§. 27—45 zeigen; für jetzt handelt es sich noch darum, aus den römischen Quellen die einzelnen Anhaltspunkte nachzuweisen, nach welchen sich die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes (§. 18) im Einzelnen gestalten konnte und mußte.

Namentlich viererlei Fragen sind es, welche hier in dieser Richtung noch kurz besprochen werden sollen: die über Noth-

1) Im N. Arch. S. 124, 129. — bes. S. 129: „für eine neue Legislation hat das römische Recht in der von ihm höchst stiefmütterlich behandelten Lehre von der Nothwehr offenbar so gut, wie gar keine Bedeutung. Das Princip, welches das römische Recht in dieser Materie voranstellt — die Identification des Begriffes der Nothwehr und der Selbstvertheidigung — ist an sich maaßlos, und eben dadurch, sowie durch den Mangel vermittelnder Grundsätze zwischen dem Princip und der Beweisfrage in concreto, die ganze Lehre höchst unbestimmt, und unsicher in ihrer Behandlung." — Mit Recht hat sich gegen diese ganz grundlosen Behauptungen Levita (a. a. O. S. 33 f. Anm. 2) mit Entschiedenheit erklärt. — Auf S. 127—128 sagt Zöpfl sogar: „über die Art und Weise, wie die Uebertragung der allgemeinen Grundansicht über die Nothwehr und die Strafbarkeit des Excesses auf die einzelnen Fälle geschehen solle, trete schon in den sparsamen Stellen des römischen Rechtes ein merkliches Schwanken hervor." Hiefür beruft er sich auf das Verhältniß der l. 9. ad leg. Cornel. de sicar. zu dem in l. 4. D. ad l. Aquil. referirten Rechte der XII Tafeln. Diese Begründung mag abermals zeigen, daß die obige ausführliche Darstellung des geschichtlichen Verlaufes, welchen gerade die Lehre von der Tödtung des Diebes genommen hat, nicht überflüssig war. Eben diese Darstellung zeigt, wie hier kein Schwanken der Römer in der Behandlung der Nothwehr, sondern ein fester, in der Geschichte des Rechtszustandes überhaupt wohl begründeter Entwicklungsgang vorliegt, in welchem das frühere, weiter gehende Tödtungsrecht mit der Zeit auf die Erfordernisse rechter Nothwehr beschränkt worden ist.

wehr gegen die Obrigkeit, über Nothwehrhandlungen **für** und **gegen** Dritte, über die Ueberschreitung der Nothwehr und endlich über solche Handlungen, welche zwar auch zur Vertheidigung eines Rechtes gegen widerrechtliches Handeln, aber nicht zur Nothwehr gehören, weil sie selbstständige **Angriffe**, nicht bloße Gegenangriffe, sind (s. ob. §. 17).

Die Entscheidung fast aller dieser Fragen nach römischem Rechte hat auch h. z. T. noch praktische Bedeutung — und zwar großentheils selbst da, wo das vormals gemeine römisch-deutsche Strafrecht seine unmittelbare Anwendbarkeit verloren hat. — Indem z. B. die meisten neueren Gesetzbücher ein rechtswidriges („gesetz- und ordnungswidriges") Verfahren der Obrigkeit wo nicht Straflosigkeit, doch wenigstens mildere Bestrafung der Widersetzung begründen lassen, setzen sie **den Begriff** des rechtswidrigen Verfahrens aus der Wissenschaft voraus, und die letztere wird auch hier dem römischen Rechte jedenfalls die Bedeutung ihrer eigenen geschichtlichen Wurzel und hoher innerer Autorität beilegen müssen. Ja, indem jene Gesetzbücher den Begriff nicht näher bestimmen, erklären sie stillschweigend, insoweit vom früheren Rechte nicht abweichen zu wollen, dessen unmittelbare Quelle hier beim Schweigen der P. G. O. die römischen Gesetze waren [1]).

---

1) Diese Ansicht entspricht sicherlich dem Geiste der neueren Strafgesetzbücher, von denen fast allen in der Hauptsache gilt, was die Kommiss. der württ. Abg. K. in ihrem Haupt-Berichte von 1837 (S. 3) sagt: „die Absicht der Gesetzgebung gehe nicht dahin, ein völlig neues Gebilde, ein in seiner Begründung und Ausführung ganz neues Strafrecht aufzustellen, sie wolle vielmehr nur das . . . . . . bestehende Recht sammeln, ... behutsam abändern, die Ergebnisse der fortschreitenden Wissenschaft beachten, die Wissenschaft selbst aber in das Gesetz nicht hereinziehen." — So ist es denn durchaus zu billigen und erfreulich, wenn auch unter den Praktikern, wie Dieß gegenwärtig der Fall ist, die Richtung mehr und mehr an Boden gewinnt, die allgemeine und gemeinrechtliche Wissenschaft zur Erklärung der neuen Gesetzbücher anzuwenden.

§. 20.

Schon oben, S. 278 und 296 Z. 5 ff. sind Stellen angeführt worden, aus denen mit voller Bestimmtheit hervorgeht, daß das römische Recht die Selbstvertheidigung gegen widerrechtliche Handlungen von Beamten ebenso vollkommen frei gab, wie in anderen Fällen. — Ferner ist bekannt, daß einem Richter, welcher außerhalb seiner Zuständigkeit handelte oder sonst gegen wesentliche Erfordernisse des gerichtlichen Verfahrens verstieß, nicht Folge geleistet zu werden brauchte — wie denn hierauf die ganze Behandlung der Nichtigkeit im Civil- und Strafprocesse beruhte.

D. II. 1. de jurisdict. l. 20;

Arg. l. 32. D. de injur., XLVII. 10;

D. L. 17. de R. J. l. 170, C. VII. 48. si a non compet. cst. 1, 2, 4 [1]).

Hiernach mußte es doch wohl auch gestattet sein, etwaiger gewaltsamer Ausführung des nichtigen Beschlusses nöthigenfalls Gewalt entgegenzusetzen — wie Dieß Zachariä (im N. Arch. 1843. S. 364) in Bezug auf Ueberschreitung des gesetzlichen Wirkungskreises bemerkt. Andererseits aber ist ebenso bekannt, in welcher Weise die römischen Gesetze die Rechtskraft und ihre Folgen aufgefaßt haben, und die l. 11. pr. D. de J. et J. sagt ausdrücklich:

„*Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam quum inique decernit*, relatione scilicet facta non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit."

Daher zog denn der Ungehorsam gegen die formell rechtmäßigen Verfügungen des Richters Ordnungsstrafen nach sich,

---

1) Auf alle hier im Texte, sowie auf S. 278, und 296 Z. 5 ff. angef. Stellen hat in neuerer Zeit für unsere Lehre erst wieder Zachariä (im N. Arch. 1843. S. 363—366) aufmerksam gemacht.

und eine mit persönlicher Gewalt verbundene Störung des rechtmäßigen gerichtlichen Verfahrens fiel unter die lex Julia de vi publica [1]).

Die Lösung der Frage, welche Handlungen der Obrigkeit unbedingt als formell rechtmäßig geachtet und befolgt werden müßen, ist nun aber hiernach für das römische Recht im Allgemeinen ganz dieselbe, wie vom allgemeinen (philosophischen oder legislativen) Standpunkte aus. In allen zweifelhaften oder doch bestrittenen Rechtsverhältnissen muß der Punkt, über welchen gestritten wird, vom Richter nach seiner Beurtheilung der Sache entschieden werden. Diese Entscheidung bildet dann das Recht des einzelnen Falles. Es gehört nun aber zu ihr zweierlei: erstens die Gesammtheit der wesentlichen Erfordernisse, ohne welche das Verfahren und Urtheil gar nicht als richterliches bestehen könnte, so daß hier nach röm. Rechte das oben über die Nichtigkeit Bemerkte eintritt — sodann aber auch eine freie Thätigkeit, in welcher die Reflexion des Richters — über die Auslegung des Gesetzes und Subsumtion der Thatsachen unter dasselbe — das Entscheidende ist, ohne alle Rücksicht darauf, ob der Richter hierin nicht etwa doch geirrt hat. Denn eben darin besteht ja die Bedeutung der Rechts-Verwirklichung durch die Staatsgewalt für den einzelnen Fall als solchen, daß durch das „allgemeine" Urtheil des Staates die endgültige Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestrittenen Rechtes, über die rechtliche Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit einer bestimmten Maaßregel (z. B. Verhaftung) gegeben wird. Soferne nun diese endgültige

---

1) S. über das Erstere l. un. D. si quis j[illegible]dic. non obtemp., II. 3. und l. 1. D. ne vis fiat ei qui in possess., XL. [illegible] über das Letztere l. 7. D. ad l. Jul. de vi publ. XLVIII. 6., und hiezu [illegible]hter im N. Arch. Bd. XIII. S. 45. (vergl. überh. mit S. 35 ff.), Zach[illegible] a. a. O. S. 363, Heffter, Lehrb. §. 218 zu und in Anm. 2.

Entscheidung von der Obrigkeit innerhalb ihrer Befugnisse, und auch sonst nach allen ihren wesentlichen Erfordernissen, gegeben worden ist, kann gegen sie Niemand zu eigenmächtiger Gewalt, auch nicht aus dem Gesichtspunkte der Nothwehr befugt sein — sollte jene Entscheidung auch auf einem Irrthume beruhen und also materiell gegen das Gesetz und das zuvor wirklich vorhandene Recht des einzelnen Falles verstoßen. Denn jetzt ist das Recht des Falles dasjenige, welches die Staatsgewalt festgesetzt hat und dessen Festsetzung derselben überlassen war, das „jus a Praetore redditum" — wie wir es nach Analogie der l. 11. de J. et J. bezeichnen können. Wollte man Dieß läugnen, so würde ja eben in den Punkten, in welchen die wesentliche Bedeutung des Staates die ist, mit seinem Urtheile über dem Urtheile und Willen der Einzelnen zu stehen, umgekehrt das Urtheil des Einzelnen als das entscheidende behandelt und über das des Staates gestellt.

Hiernach geht die richtige Ansicht gemäß dem Wesen der Rechtspflege dahin: unbedingt als rechtmäßig muß dasjenige geachtet werden, was der Richter auf gültige Weise innerhalb des seiner Reflexion überlassenen Spielraumes als Recht des einzelnen Falles festgesetzt hat, und gegen die Vollziehung solcher Beschlüsse ist daher niemals Nothwehr zulässig. Dagegen muß sie unter ihren sonstigen Voraussetzungen, gegen alle diejenigen von Beamten oder Dienern der Obrigkeit ausgehenden thätlichen Maaßregeln gestattet sein, welchen es an einem wesentlichen Erfordernisse ihrer Zulässigkeit fehlt; also

1) gegen Handlungen, welche ihres gesetzwidrigen Inhaltes wegen unzulässig sind: mithin insbesondere

a) gegen Verbrechen und sonstige Handlungen, welche durch das Gesetz geradezu untersagt sind — sei es ganz im Allgemeinen (wie z. B. der Vollzug einer gesetzwidrigen Straf-

art), oder gerade dem Beamten für seinen Wirkungskreis (wie dem Untersuchungsrichter die Folter);

b) aber auch gegen andere Handlungen, welche die obige Beschaffenheit haben: namentlich gegen Zufügung einer Strafe für ein bereits rechtlich getilgtes Verbrechen; gegen Vollzug eines Erkenntnisses, welches ausdrücklich auf einen irrigen angeblichen Rechtssatz gegründet ist [1]).

2) Gegen solche Handlungen, welchen ein zu ihrer Gültigkeit nothwendiges Erforderniß des Verfahrens abgeht: sei es die rechtliche Form ihrer Vornahme selbst, sei es das gehörige Verfahren, welches ihnen hätte vorangehen sollen [2]); z. B. Vollstreckung eines Erkenntnisses ohne vorangegangenes rechtliches Gehör.

Zachariä stellt hierher nur die unter Ziffer 1. a genannten Handlungen unbedingt, die unter Ziffer 2 angef. bloß für den Fall, daß ihnen diejenige Form abgeht, durch deren Beobachtung die Zulässigkeit der Handlung absolut bedingt ist, und die übrigen (wie alle anderen, ein materielles oder formelles, objectives Unrecht enthaltenden Vollziehungsmaaßregeln) nur unter den beiden Voraussetzungen, daß es sich um Abwendung eines außerdem unersetzlichen Nachtheiles handle, und daß die Widerrechtlichkeit der Maaßregel nicht bloß objectiv, sondern auch subjectiv vorliege [3]). — Allein nach römischem

---

1) Die Richtigkeit steht für den ersteren der unter b genannten Fälle nach l. 2. D. quae sententiae (XLIX. 8) fest; für den letzteren nach l. 19. D. de appellat. (XLIX. 1.), l. 1. §. 2, l. 3. D. quae sententiae (XLIX. 8), und arg. l. 27. D. de re judicata (XLII. 1).

2) Hiefür namentlich kann man sich auf cst. 5. C. de jure fisci, X. 1. und cst. 4. de discussor. X. 30. (Bas. LVI. 10) berufen. Zwar ist in diesen Stellen von Finanzbeamten die Rede; allein nach den processualischen Grundsätzen der Römer von der Richtigkeit gerichtlicher Handlungen muß dasselbe auch bei solchen gelten.

3) a. a. O. S. 369—376; vergl. deutsches Staats- und Bundesrecht Th. I. S. 437 (in der 2ten Aufl.).

Rechte hat das Richtige überhaupt, nicht bloß das Verbrecherische oder das subjectiv Rechtswidrige, keinen Anspruch auf Anerkennung als obrigkeitliche Handlung. Der durchgreifende, grundsätzliche Unterschied, auf welchem die Lösung der ganzen Frage beruht, kann also nicht der von Zachariä aufgestellte, sondern muß der oben nachgewiesene zwischen Demjenigen sein, was der Zulässigkeit einer Handlung wesentlich entgegensteht, und Dem, was unbedingt der Reflexion des Richters überlassen ist — wobei sich von selbst versteht, daß alle Verbrechen, insbesondere Dienstvergehen unter die erstere Kategorie fallen. Was endlich die von Zachariä geforderte Unersetzlichkeit des Schadens betrifft, so galt solche jedenfalls nach römischem und deßhalb nach gemeinem deutschem Rechte auch in unserem Falle nicht als Bedingung der Nothwehr: denn namentlich die cst. 5. C. de jure fisci (X. 1.) spricht bloß von der Gefahr eines ohne allen Zweifel ersetzbaren Schadens. Da nun auch gegenüber einem solchen Nachtheile Nothwehr als vollkommen rechtmäßig anerkannt war, so kann man nicht einmal annehmen, daß die sichere Aussicht auf Ersatz nach römischem Rechte etwa, wie nach dem württembergischen Str.-G.B., den Widerstand zu einer Ueberschreitung der Nothwehr gestempelt hätte [1]).

---

1) Einen wirklich vorgekommenen Fall, in welchem gegen die Abhaltung einer gerichtlichen Verhandlung sogar, und zwar einer quaestio perpetua, Gewalt gebraucht wurde, ohne daß dieselbe eine Strafe zur Folge gehabt hätte, erwähnt Cicero in Vatinium cap. 14. Allein hier handelte es sich nicht von Nothwehr, überhaupt gar nicht von Gewalt eines Privatmannes gegen das Gericht, sondern von gewaltsamer Vollstreckung einer Intercession gegen das Verfahren desselben durch den Volkstribun, welchem die Richter sich nicht von selbst fügen wollten; also jedenfalls von einer Kollision zweier Staatsgewalten mit einander — mochte nun die eine oder die andere Recht haben. Cicero stellt freilich die Sache so dar, als ob der Tribun (Clodius) ganz im Unrechte gewesen sei und unter dem bloßen Vorwande seiner Amtsbefugnisse eine gemeine Gewalt-

Betrachten wir nun aber das Verhältniß der bisher ausgeführten römischen Grundgedanken zu der späteren Rechtsbildung, so ergiebt sich aus ihnen von selbst, daß eine sehr wichtige Beschränkung der Nothwehr-Fälle durch die Ausbildung der Lehre von der Nichtigkeitsklage herbeigeführt werden mußte. Denn nach dem Obigen darf der Ausführung obrigkeitlicher Beschlüsse insoferne kein Widerstand entgegengesetzt werden, als dieselben sich lediglich in den gesetzlichen Gränzen des Spielraumes bewegen, innerhalb dessen die Reflexion und Entscheidung der betreffenden Obrigkeit ausschließlich maaßgebend ist. Dieß muß nun selbst in Bezug auf an sich nichtige Verfügungen da gelten, wo jener Sphäre, innerhalb welcher die Anwendung des objectiven Rechtes auf den einzelnen Fall, also die Entscheidung über das Recht des letzteren lediglich in die freie Reflexion der Obrigkeit gestellt ist, auch die Frage

---

handlung gegen das Gericht verübt habe; allein unser Redner spricht hier als Partei, in einer vom Gegner hervorgerufenen gereizten Stimmung (vergl. bes. den Brief an Lentulus, ad div. I. 9. §. 3 in den W.: „Ego sedente Pompejo . . . . . . — donatione regnorum") von einer Handlung seines Todfeindes Clodius, und Cicero's Kunst, Thatsachen auch ohne Abweichung von dem äußerlich Geschehenen doch stets zu seinem Vortheile zu wenden, ist ja bekannt (vergl. z. B. außer der oft angef. milonischen Rede selbst und ihren zahlreichen Beurtheilern die oratio pro Rab. Post. c. 4 und Rudorff's Bemerkungen hiezu in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. XII. S. 145 ff.) — Andererseits freilich wird Cicero's Behauptung, das Anrufen tribunischer Intercession gegen die Verhandlung einer quaestio perp. („ne causam diceres") sei etwas ganz Unerhörtes, dadurch unterstützt, daß wir von einem sonstigen, wirklich vorgekommenen Falle dieser Art kein Beispiel haben (s. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 289.) Allein hieraus folgt, wie ich glaube, bei den römischen Verhältnissen noch nicht, daß die Volkstribunen hier gar kein Recht zum Intercediren hatten. Denn solche öffentlich-rechtliche Befugnisse und Institute pflegten auch dann noch geachtet zu werden, wenn sie sehr lange Zeit hindurch nicht mehr ausgeübt worden waren (hiefür bietet z. B. das zuvor längst nicht mehr ausgeübte Perduellions-Verfahren in seiner Anwendung auf Rabirius einen Beleg dar).

angehört, ob es einer bestimmten Maaßregel an wesentlichen Erfordernissen ihrer Zulässigkeit mangele oder nicht, oder — was hiemit zusammenfällt — ob der bestimmte Beschluß, um dessen Ausführung es sich handelt, nichtig oder rechtsgültig sei. — Das römische Recht hatte die Handlungsweise, und also insoferne das dieselbe bedingende Urtheil über die letztere Frage dem einzelnen Betheiligten (unter seiner Verantwortung) überlassen, und deßhalb konnte dieser auf seine Gefahr einem Urtheile, dessen Richtigkeit er behauptete, Widerstand entgegensetzen. Dieß muß nun aber da wegfallen, wo seit der Ausbildung der Lehre von der Nichtigkeitsklage das Urtheil über die Frage der Nichtigkeit nicht mehr dem Einzelnen, sondern ausschließlich der Obrigkeit — sei es derselben, welche die erste Entscheidung gegeben hat, oder einer höheren Behörde — zusteht, und nun im einzelnen Falle entweder alle Gefahr für das Recht durch die Anrufung dieser Behörde beseitigt werden kann, oder aber die höhere Behörde endgültig die Rechtsverbindlichkeit der angefochtenen Verfügung ausgesprochen hat. — In anderen Fällen dagegen, z. B. wenn der Richter ohne alle Verhandlung mit sofortiger Execution beginnen, oder ein noch nicht rechtskräftiges Urtheil sofort vollziehen lassen wollte, muß gegen solche dringende, auch durch Nichtigkeitsklage oder andere Rechtsmittel oder Beschwerden nicht abzuwendende Gefahr die Nothwehr auch bei uns gestattet sein [1]), soferne nicht neuere Partikulargesetze Abweichendes bestimmen.

---

1) A. M. ist in Beziehung auf solche Fälle Arnold im N. Arch. 1843. S. 398 aus dem Grunde, daß der Beamte hier eben doch im Amte handle. Allein eine nichtige Amtshandlung ist an sich ebensowenig im rechtlichen Sinne Amtshandlung, als ein nichtiges Rechtsgeschäft im rechtlichen Sinne Rechtsgeschäft ist: erstere kann ebensowenig, als das letztere, an sich rechtliche Folgen haben. Nur können solche beiden dadurch bei-

Ganz dieselben Grundsätze nun, welche bisher in Bezug auf richterliche Verfügungen entwickelt worden sind, finden auch beim Verfahren der Polizei-Behörden und bei der rechtspolizeilichen Thätigkeit der Gerichte Anwendung. Auch die Polizeibeamten haben nothwendig ein gewisses Gebiet ihres freien Ermessens: das Recht zur Entscheidung darüber, ob die in ihrem Berufe im Allgemeinen liegenden Handlungen im einzelnen Falle durch das Gesetz gefordert werden — sei es durch eine besondere gesetzliche Bestimmung, oder (wo eine solche nicht besteht) durch die allgemeine Aufgabe, welche der Polizei vom Gesetze vorgezeichnet ist. Deßhalb hat denn auch die Polizeibehörde in dringenden Fällen vorläufig darüber zu entscheiden, ob ein bestimmter thatsächlicher Zustand der Vollstreckung des Polizei-Gesetzes, beziehungsweise der Rücksicht auf das Wohl der Gesammtheit oder Einzelner, auf die sogenannte öffentliche Moral u. s. w. vorläufig, vorbehältlich etwaiger Entschädigungs-Ansprüche u. s. w., weichen müsse. Aber auch hier gilt der obige Satz, daß nur solche

---

gelegt werden, daß derjenige Richter, welchem ausschließlich die Entscheidung darüber zusteht, ob Richtigkeit vorliege, deren Dasein durch rechtskräftiges Urtheil verneint. Wo aber dieß Letztere nicht geschehen ist, da muß gegen die dringende, rechtswidrige Gewalt selbst gewaltsame Vertheidigung gestattet sein, falls gelindere Mittel, z. B. Androhung oder wirkliche Erhebung einer Beschwerde an die höhere Behörde, nicht zur Abwendung der Gefahr genügen (indem der einschreitende Beamte oder Diener sich durch jene Mittel nicht von der sofortigen Vollstreckung seiner Maaßregel abhalten läßt). Uebrigens werden solch grelle Fälle wohl nie oder doch nur ganz selten vorkommen, und Beamte, wie der von Arnold a. a. O. genannte Landrichter, sich überhaupt nicht mehr leicht finden. In Württemberg z. B. wäre ein solches Verfahren, wie das von Arnold erzählte, eine baare Unmöglichkeit. — Von selbst versteht es sich, daß nach allgemeinen Grundsätzen auch beim Vorhandensein jener gelinderen Mittel der Widerstand nur dann und insoweit strafbar ist, wenn und inwieweit der Nicht-gebrauch jener Mittel dem Handelnden nach seiner jeweiligen, besonderen Lage zugerechnet werden kann.

Maaßregeln, welche alle wesentlichen Erfordernisse ihrer Zulässigkeit haben, unbedingt als rechtmäßig anerkannt werden müßen, und daß der Vollziehung nichtiger Beschlüsse selbst der Einzelne, welcher durch sie bedroht ist, nöthigenfalls Widerstand entgegensetzen darf (vorbehältlich der ob. Ausnahme).

Dasselbe, wie von den Gerichten und Polizei-Behörden, gilt von den Finanzbeamten insoferne, als dieselben zugleich einen polizeilichen oder richterlichem Beruf haben. Soweit sie aber lediglich die vermögensrechtlichen (wenn auch größtentheils auf öffentlich-rechtlichen Grunde ruhenden) Ansprüche des Staates in seiner Eigenschaft als Fiscus verfolgen, liegt durchaus keine Veranlassung vor, ihre auch nur materiell ungerechten Angriffe in irgend einer Beziehung anders zu beurtheilen, als die von Privatpersonen. Dieß ist denn auch vom römischen Rechte ausdrücklich anerkannt, indem es an den oben, S. 278, 296 angef. Stellen gegen den Versuch, ungebührliche oder übermäßige Abgaben oder sonstige Leistungen einzutreiben, das Recht des Widerstandes ohne alle Schranke einräumt. — Was dagegen die Militärbehörden betrifft, so mußte die Nothwendigkeit der Subordination und Kriegszucht eine Abweichung mit sich bringen: nämlich die, daß der Untergebene sich den Befehlen und sonstigen Maaßregeln des Vorgesetzten unbedingt und unter allen Umständen zu fügen hatte; denn in diesen Verhältnissen ist der Befehl sofort verbindend, ohne daß seine Ausführung an besondere rechtliche Erfordernisse gebunden wäre. Daher konnte denn von Vorschriften, wie denen der l. 1. §. 15, l. 13. §. 4. D. de re milit. (XLIX. 16.) die Nothwehr keine Ausnahme begründen.

§. 21.

Ueber die Vertheidigung Dritter gegen rechtswidrige Angriffe enthält das römische Recht nur eine einzige Stelle,

welche ausdrücklich die Straflosigkeit einer zu diesem Zwecke verübten Verletzung (zunächst Tödtung) ausspricht, und diese Stelle redet keineswegs allgemein, sondern nur von der Nothwehr zu Gunsten Solcher, mit welchen man durch ein besonderes Band verknüpft ist („sui"). Man hat hierunter gewiß nicht bloß, wie Levita S. 50 glaubt, die in cst. un. C. de raptu virg. (IX. 13.) Genannten, sondern alle Diejenigen zu verstehen, mit welchen der die Nothwehr Ausübende aus irgend einem Grunde in naher persönlicher Verbindung steht, welche er in irgend einem, wenn auch nur thatsächlichen Verhältnisse als seine Angehörigen zu betrachten hat: z. B. auch Freunde, Verlobte, Kriegsgenossen, den Herrn und den Sklaven, den Zuhälter und die Konkubine gegenseitig — wie denn Dieß bei den alten Italienern einen stehenden Gegenstand breiter Ausführungen gebildet hat.

Diese weite Auslegung der l. 1. §. 4 geht um so eher an, als — was die Hauptsache ist — bei den Römern sich Anhaltspunkte genug vorfinden, welche mit Sicherheit auf Rechtmäßigkeit der Nothwehr zu Gunsten aller Dritten schließen lassen.

An mehreren Stellen ist nämlich von der Vertheidigung Dritter in einer Weise die Rede, welche deutlich zeigt, daß hier auch die Nothwehr im vollen Umfange als rechtmäßig vorausgesetzt ist. Es sind Dieß nicht nur solche Stellen, welche in gewissen besonderen Verhältnissen, nämlich in dem der Sklaven gegen die Herren, der Soldaten gegen ihre Befehlshaber, die Vertheidigung allgemein für eine rechtliche Pflicht erklären — und zwar unter Umständen, unter welchen damit namentlich auch die unvermeidliche Verletzung des Angreifers gemeint sein muß — sondern auch einige andere, ganz allgemein lautende, nämlich:

Cicero de officiis I. 7: „Injustitiae duo sunt genera,

unum eorum qui inferunt, alterum eorum, qui ab aliis, quibus infertur, si possint non propulsant injuriam,"

und l. 9. §. 1. D. quod met. causa (IV. 2.), wo Ulpianus sagt:

„eleganter — Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; celerum, si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor."

Die letztere Stelle handelt zwar zunächst nur davon, daß gegen die geschehene Leistung oder das Versprechen die actio und exceptio quod metus causa nicht zur Anwendung kommen können, läßt aber zugleich offenbar hinlänglich bestimmt darauf schließen, daß ein Vertrag der angegebenen Art überhaupt vollkommen verbindend sei — woraus denn, in Vergleichung mit den Grundsätzen über Verträge zu unsittlichen und rechtswidrigen Zwecken, die volle Rechtmäßigkeit der Nothwehr für Dritte mit unumstößlicher Gewißheit hervorgeht: denn daß es sich hier von solcher Vertheidigung handelt, bei welcher es nöthigenfalls zu einer Verletzung oder sogar zur Tödtung der Angreifer kommt — das zeigen die unterlegten Fälle der Vertheidigung wider Räuber oder zusammengerottete Volkshaufen. — Hiezu kommt aber noch die angeführte Stelle Cicero's, aus welcher hervorgeht, daß der Grund, auf welchen die Römer das Recht der Nothwehr überhaupt vom Gesichtspunkt der naturalis ratio und des jus gentium stützten, auch die Vertheidigung Dritter vollkommen rechtfertigen mußte. — Die Rechtmäßigkeit der letzteren entsprach ganz schon dem richtigen Grundgedanken der Alten, daß verbrecherische Angriffe nicht bloß gegen den bedrohten Einzelnen, sondern gegen das Ge-

meinwesen gerichtet sind (s. Seneca de ira II. c. 31); denn hieraus folgt, daß jedes Glied des Gemeinwesens bei ihrer Abwehr selbst betheiligt ist, und deßhalb zu derselben — und zwar mit allen nothwendigen Mitteln — befugt sein muß. — S. auch Platon, de legg. cap. 9 [1]).

Aus der allgemeinen Rechtmäßigkeit der Nothwehr folgt noch namentlich, daß derjenige, welcher, in Ausübung derselben begriffen, wider seinen Willen statt des Angreifers einen unbetheiligten Dritten getroffen hat, in keinem Falle wegen vorsätzlicher Verletzung, und wegen fahrlässiger nur dann, wenn ihm eine wirkliche, zurechenbare culpa zur Last fällt, bestraft werden kann. Auf den letzteren Fall bezieht sich l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2); und dabei kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Stelle die actio ex lege Aquilia nur alsdann begründet wissen will, wenn den Handelnden eine wirkliche culpa trifft, nicht auch schon in dem Falle, daß die Aberration auf bloßem (nicht zurechenbarem) Zufalle beruht: denn Dieß ist ja schon die allgemeine Voraussetzung des Gesetzes, um dessen Anwendbarkeit es sich handelt [2]).

---

1) Noch bei einer anderen Stelle könnte man auf den ersten Anblick versucht sein, sie hierher zu beziehen, nämlich bei Cicero pro Milone cap. 15 in den W.: „Quid? privato Milone et reo ad populum, accusante P. Clodio, cum in Cn. Pompejum pro Milone dicentem impetus factus est, quae non modo occasio, sed etiam causa illius opprimendi fuit.“ Diese Stelle bezieht sich offenbar auf Nothwehr (s. ob. S. 293, Anm. 2); aber der dem Vertheidiger drohende Angriff hätte hier natürlich ebenso sehr dem Angeklagten selbst gegolten, und es kann deßhalb für die Nothwehr unbetheiligter Dritter aus der Stelle Nichts entnommen werden.

2) Es ist bemerkenswerth, daß die P. G. O. Karl's V. gerade auch für den Fall, daß ein unbetheiligter Dritter entleibt wird, die Zulässigkeit bürgerlicher Strafe stillschweigend anerkennt (Art. 145 „der ist auch von peinlicher straff entschuldigt,“ vergl. mit Art. 139 „der ist darum niemants nit schuldig.“) Das Reichsgesetz giebt hiemit in dieser Beziehung das Fortbestehen derjenigen partikularrechtlichen Satzungen zu,

§. 22.

Den Begriff „Ueberschreitung der Nothwehr" stellt das römische Recht nirgends auf, und nur im Vorbeigehen unterscheidet die l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2) zwischen Verletzungen, welche der Vertheidigung halber, und solchen, welche zur Rache zugefügt werden. Es wird deßhalb geeigneter sein, jenen Begriff erst unten, bei Gelegenheit der italienischen Wissenschaft, welche ihn zuerst ausgebildet hat, zu erörtern. Nur so Viel mag hier bemerkt werden, daß das römische Recht in Demjenigen, was es an anderen Stellen über Verletzungen in gerechtem Affecte sagt, auch für die Beurtheilung derer, welche in Ueberschreitung der Nothwehr begangen worden sind, einen Anhaltspunkt giebt, welcher denn auch von der italienischen Wissenschaft schon vollständig ausgebeutet worden ist. —

---

welche im späteren Mittelalter bei Tödtungen in Nothwehr die Pflicht zur Zahlung des Wergeldes hatten eintreten lassen. Dabei ist es für die hohe Achtung Schwarzenberg's vor dem römischen Rechte und für dessen gewaltigen Einfluß auf sein Werk bezeichnend, daß er eigenthümlich Deutsches auch hier, ebenso wie z. B. im Art. 158, gerade in einem solchen Falle beibehält, in welchem derselbe praktische Erfolg auch aus den römischen Gesetzen abgeleitet werden konnte. Denn auch die l. 45. §. 4 hat, da sie ja lediglich von der Anwendbarkeit der lex Aquilia spricht, blos Schadensersatz und Privatstrafe im Auge. Uebrigens gingen jene von der P. G. O. für diesen Fall nicht aufgehobenen Partikularrechte des deutschen Mittelalters weiter, als es dem Sinne der römischen Stelle in der That gemäß wäre, indem die ersteren das Wergeld und die Wette auch von Demjenigen entrichtet wissen wollten, welchem bei der Tödtung des Dritten nicht einmal eine Fahrlässigkeit zur Last fiel. Selbst für diese Fälle aber kann man nicht behaupten, daß die Vermögensstrafe dem allgemeinen Geiste des germanischen Rechtes widersprochen habe, wie Dieß oben in Bezug auf die Verletzung des Angreifers selbst bemerkt worden ist; denn da die Verletzung des unschuldigen Dritten nicht unter den ob. S. 177 ff. besprochenen Grundsatz von dem Rechte zur Verletzung des Friedebrechers fiel, so lag kein Grund vor, sie anders zu behandeln, als Dieß mit rein zufälligen Verletzungen vielfach geschah (vergl. ob. S. 181).

Es soll nämlich nach kaiserlichen Constitutionen, nach den Aussprüchen klassischer Juristen und nach justinianischem Rechte die im Affecte geschehene Tödtung des betretenen Ehebrechers durch den Ehemann oder Vater der Frau auch da, wo die gesetzlichen Erfordernisse der Straflosigkeit nicht vorhanden waren, und deßgleichen die sofortige, im Affecte geschehene Verletzung der betretenen Ehebrecherin durch ihren Mann mit bedeutend milderer Strafe belegt werden, als andere Verbrechen wider die lex Cornelia de sicariis, und Dieß wird eben auf die Berücksichtigung des gerechten Affectes (justissimus, honestissimus calor) gestützt.

Collat. leg. Rom. et Mos. IV. 10.

D. XLVIII. 5. ad leg. Jul. de adulter. l. 32 pr., l. 38. §. 8.

C. IX. 9. eod. tit. cst. 4.

Obgleich nun allerdings in diesen Fällen des Ehebruchs — wie Mittermaier im N. Arch. II. S. 531 mit Recht bemerkt — ganz eigenthümliche, sowohl aus der allgemeinen Natur solcher Fälle, als aus der antiken Anschauung derselben hervorgehende Gründe zu milderer Behandlung der Tödtung in Betracht kommen mußten, so gestatten jene Stellen doch vermöge ihres ausgedrückten, allgemeinen Entscheidungsgrundes, der keineswegs gerade bloß auf jene Tödtungen der Ehebrecher anwendbar ist, die Annahme, daß ein Verbrechen aus impetus wenigstens dann, wenn der Affect durch eine gerechte Ursache hervorgerufen war, bedeutend milder bestraft wurde, als die mit Vorbedacht beschlossenen oder ausgeführten Handlungen gleicher Art. Diese Beachtung des gerechten impetus als eines sehr gewichtigen Strafmilderungsgrundes konnte nun bei allen Verletzungen, welche ein rechtswidrig Angegriffener sofort auf den Angriff hin, in der durch denselben hervorgerufenen gerechten Aufregung dem Angreifer zugefügt hatte, mithin bei der Ueberschreitung der Nothwehr in den weitaus

häufigsten Fällen derselben, überdieß aber auch in solchen, wo nicht alle Bedingungen der Nothwehr vorlagen, zur Anwendung kommen. — Beides haben die Italiener schon aus den angef. Stellen der Pandekten und des Coder abgeleitet (s. unten §. 41).

Keineswegs aber braucht man darum so weit zu gehen, daß man — wie es manche unserer Schriftsteller[1]) thun — behauptet, es seien in der Kaiserzeit (von Hadrianus an) die in impetus begangenen Tödtungen nicht mehr zu den vorsätzlichen gerechnet, und daher nicht mehr unter die l. Cornelia de sicariis gestellt, ja von jenem Kaiser an sei der impetus sogar unter der culpa begriffen worden — wie denn dieß Letztere schon von den italienischen Schriftstellern des Mittelalters gerade auch in Bezug auf die im Affect verübte Ueberschreitung der Nothwehr u. s. w. behauptet worden ist (s. u. §. 41). Eine solche grundsätzliche Veränderung der Begriffe könnte man nur alsdann annehmen, wenn für sie ganz besonders dringende Gründe sprächen. Denn das römische Recht hat — so viel wir wissen — von jeher den *impetus* keineswegs vom *dolus* ausgenommen. Aus der ältesten Zeit ist uns über die strafrechtliche Behandlung des impetus Nichts aufbewahrt, als die Erzählung von dem Todtschlage, welchen Horatius an seiner Schwester verübt haben und wegen dessen der Thäter vom Volke freigesprochen worden sein soll (s. bes. Liv. I. 26): aber auf diese Freisprechung darf man für unsere Frage — von allem Anderen abgesehen — schon darum nicht mit Köstlin Gewicht legen, weil das Urtheil sich dort keineswegs auf Rechtsgründe, sondern lediglich auf

1) So namentlich Köstlin, Mord und Todtschlag S. 224, System S. 181 litt. c, S. 188 ob.; Roßhirt, Gesch. u. System II. S. 212—14; Platner, quaestiones (1842) S. 207 (nicht — wie in Köstlin's System S. 188. Anm. 2 gedruckt ist — 307.)

Gnade stützte. Dieß wird von Livius ausdrücklich gesagt („absolveruntque admiratione magis, quam jure causae“), und entspricht auch dem ganzen Geiste, in welchem die Strafrechtspflege von den Komitien gehandhabt wurde[1]). Will man sich mithin auf jenen alten Rechtsfall berufen, so beweist derselbe nicht für, sondern gegen Köstlin (s. Berner, Imputationslehre S. 265—267). Entscheidend aber ist für die rechtliche Ansicht der Römer das Zeugniß Cicero's, und des auctor ad Herennium, daß mit den Strafen der leges judiciorum derjenige, welcher im Affecte gehandelt hatte, gerade ebenso belegt worden sei, wie jeder Andere, welcher sich sciens dolo malo, data opera u. dergl. gegen das Gesetz vergangen hatte[2]). — Später findet sich nun zwar (bei Marcianus) ein Unterschied zwischen propositum und impetus auch vom Standpunkte der rechtlichen Betrachtuug aufgestellt: D. XLVIII. 19. de poenis l. 11. §. 2 — wo das erstere Wort offenbar nicht den dolus überhaupt, sondern den Vorbedacht bezeichnet, wie die beigefügten Beispiele darthun. Ferner wurde, wie schon oben bemerkt, in einem Falle der impetus als sehr bedeutender Strafmilderungsgrund beachtet. Allein Dieß beweist keineswegs, daß er zur culpa gerechnet worden sei; denn schon aus allgemeinen Gründen ergiebt es sich, daß die „Größenbestimmungen“ oder „quantitativen Abstufungen“, welche innerhalb des dolus auf der einen, und der culpa auf der anderen Seite eintreten können, (also von Seiten des dolus der impetus im Gegensatze zum Vorbedachte, von Seiten der culpa das Voraussehen des Erfolges als möglichen u. s. w.) selbst annähernd gleiche oder sogar die-

---

1) Vergl. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 125—128, Ihering, Geist des römischen Rechts II. S. 43.

2) Auctor ad Herennium II. 16 und 25, Cicero de invent. rhetor. I. 27, orator. partit. cap. 12.

selbe Strafgröße für zweierlei Fälle herbeiführen können, von denen gleichwohl der eine dem dolus, als ein sehr leichter, der andere der culpa als ein sehr schwerer Fall derselben angehört [1]).

Daß vielmehr die römischen Rechtsgelehrten, und zwar noch im dritten Jahrh. nach Chr., selbst die in gerechtestem Affecte begangene Tödtung unter die lex Cornelia de sicariis gestellt, mithin als dolose betrachtet haben, geht unwiderleglich aus der schon wiederholt angef., in der Collatio IV. 10. erhaltenen Stelle Papinians hervor. Der große Rechtsgelehrte sagt hier so bestimmt als nur immer möglich, daß der Thäter unter das Gesetz falle. Denn Papinian wirft die Frage auf: „an in legem de sicariis incidat quaero“ — und bejaht dieselbe auf's Bestimmteste, sogar in doppelter Wendung: „nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur“ und: „quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur“.

Hievon unterscheidet er aber ebenso bestimmt die weitere Frage, ob darum auch dieselbe Strafe, welche sonst bei vorsätzlicher rechtswidriger Tödtung eintrat, verhängt werden müße, oder nicht vielmehr Milderung derselben begründet sei; der Begriff des Strafmilderungsgrundes wird gleichfalls ganz scharf durch die Worte „non inique — *permittetur*“ bezeichnet und in denselben Worten, sowie im folgenden Sätzchen für anwendbar erklärt; hiemit aber ist die zweite Frage auf eine Weise entschieden, wie sie bei Annahme bloßer culpa gar nicht möglich gewesen wäre. Gegen alles Ausgeführte haben nun die Gegner im positiven römischen Rechte keine andere Stütze, als

1) Herrmann im N. Arch. 1856. S. 461. Zu dem oben bis hierher Bemerkten überhaupt vergl. die Ausführungen Mittermaier's im N. Arch. II. S. 209—212, 530—531, und Berner's, Imputationslehre S. 267—283.

die ungemein schwache der l. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar. Diese Stelle spricht gar nicht vom impetus, sondern von der Frage, ob der Handelnde den Willen zu tödten (animus occidendi) gehabt habe, oder nicht; letzterenfalls, sagt sie, könne entweder Straflosigkeit eintreten — nämlich bei reinem Zufall —, oder gelindere Strafe, als die der vorsätzlichen Tödtung — nämlich dann, wenn der Thäter in culpa gewesen sei, und für den letzteren Fall mag der Kaiser um so eher an die jetzt sogenannte culpa dolo determinata gedacht haben, als dieselbe überhaupt eben bei Tödtung in Raufhändeln sehr häufig, ja wohl geradezu das Gewöhnliche ist[1]).

§. 23.

Während nach dem Bisherigen die rechtliche Behandlung der Nothwehr in den römischen Gesetzen nicht bloß durch die Aufstellung allgemeiner Grundsätze, sondern auch durch Entscheidung einzelner wichtiger Fragen eine bestimmt ausgeprägte Gestalt bekommen hat, gilt Dieß keineswegs auch von derjenigen Selbsthülfe, welche ob. in §. 17 der Rechtsvertheidigung beigezählt worden ist, jedoch, ungeachtet ihrer inneren Gleichartigkeit mit der Nothwehr, sich äußerlich vielmehr in der Gestalt eines selbstständigen Angriffes, als in der einer Vertheidigung darstellt. Von einem Falle derselben

---

1) Auch Wächter, im N. Arch. Bd. XIV. S. 112. Anm. 17 bezieht die Stelle auf culpa dolo determinata. Daß überhaupt die letztere bei Tödtung in Raufhändeln das Gewöhnliche ist, nehmen nicht nur die vielerfahrenen italienischen Praktiker an — z. B. Gandinus im tr. de malef. Rubr. de homicidiariis Nr. 12 in den W.: „item haec omnia intelligas vera esse quando non constat istos percussores habuisse animum occidendi. quod (?) pone hoc (haec?) vulnera facta fuisse in rixa", Clarus §. Homicid. nr. 37 a. E. — sondern auch Schulting, jurisprud. Antejust. zu Coll. I. 6, Anm. 26 und Wächter a. a. O. S. 106, 113.

spricht nur eine einzige Stelle, und auch diese bloß nebenbei. Gleichwohl führt der Begriff der Rechtsvertheidigung, so wie er auch von den Römern gefaßt worden ist, mit Nothwendigkeit auf die Anerkennung solcher, mit der Nothwehr verwandter Fälle und hiemit auf eine Lehre, welche wir im römischen Sinne und auf der Grundlage der anderweitig bekannten römischen Rechtssätze, aber doch in selbstständiger Ausführung aufzubauen haben. Hiebei muß vor Allem vom Inhalte jener Stelle, der l. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor., XLII. 8, ausgegangen werden [1]). In derselben liegt, mittelbar wenigstens, Folgendes:

Wenn ein Schuldner mit Vermögensstücken in der Absicht entweicht, dem Gläubiger die Realisirbarkeit seines Forderungsrechtes zu vereiteln, so ist der hiedurch gefährdete Gläubiger befugt, ihm nöthigenfalls mit Gewalt so Viel abzunehmen, als der Betrag der Forderung ausmacht.

Diese Bestimmung hat Berner im N. Arch. 1848. S. 588—589 mit Recht unter den Gesichtspunkt der Vertheidigung gestellt, ohne Dieß jedoch genügend zu begründen. Er sagt nämlich:

„die Flucht des Schuldners sieht zwar, als Flucht, einem Angriffe seinerseits nicht sehr ähnlich, aber näher betrachtet stellt sie sich doch als ein Angriff dar, als ein Angriff auf mein Vermögen, welches mir dadurch geschmälert werden soll".

Obwohl man nun in der That hier eigentlich nicht von Angriff reden kann, so steht doch so Viel fest, daß die Handlungsweise des Schuldners eine widerrechtliche Gefährdung des Vermögens ist; und zwar besteht die Gefahr darin, daß

1) Man vergl. zu dieser Stelle D. IV. 2. quod met. causa l. 23. §. 3, Cujacius, observat. lib. XVI. cap. 19, Wächter, Lehrb. des Strafr. Bd. I. S. 92.

der Schuldner einem Theile desselben, einem Forderungsrechte, die Möglichkeit seiner Realisirung zu entziehen droht.

Allein nicht jede drohende „Schmälerung" des Vermögens berechtigt zur eigenmächtigen, gewaltsamen Vertheidigung; vielmehr kann dieselbe, wie überhaupt, so auch zu Gunsten eines Forderungsrechtes nur unter den beiden allgemeinen Bedingungen eintreten, daß das Dasein eines thatsächlichen Verhältnisses durch das widerrechtliche Handeln mit einer dringenden, nicht anders abzuwendenden Gefahr bedroht ist, und daß der Berechtigte eben auf die Erhaltung jenes thatsächlichen Verhältnisses ein Recht hat.

So führt uns die Erklärung unserer Stelle von selbst auf die allgemeinere Frage, ob und wann zum Schutze eines Forderungsrechtes überhaupt gewaltsame Selbsthülfe gestattet ist.

Gemäß der ersteren von den beiden angeführten Bedingungen ist vor Allem erforderlich, daß das Handeln, gegen welches die Vertheidigung gerichtet sein soll, die Veränderung eines **thatsächlich** bestehenden Verhältnisses drohe. Bloßes Bestreiten und Nicht-erfüllen der Schuld berechtigt an sich bloß zur Anrufung der gerichtlichen Hülfe, nicht zur Eigenmacht. Insoweit gilt bei den Forderungsrechten Dasselbe, wie bei allen anderen, und es macht Dieß deßhalb keine Schwierigkeit.

Eine minder leichte und bis jetzt nicht beachtete Aufgabe dagegen ist es, anzugeben, wo und inwieweit bei den Forderungsrechten ein solches thatsächliches Verhältniß bestehe, auf dessen unversehrtes Dasein der Gläubiger als solcher, mithin eben vermöge seiner Forderung an sich schon, ein Recht habe.

Zunächst leuchtet schon aus der Betrachtung der einzelnen Fälle, welche hier vorkommen können, so Viel ein, daß nicht jede Veränderung von Thatsachen, welche die Realisirbarkeit des Forderungsrechtes bedingen, von dem Gläubiger nöthigen-

falls mit eigenmächtiger Gewalt verhindert werden darf. Schon Dieß weist darauf hin, daß das Forderungsrecht dem Gläubiger nicht die Befugniß giebt, die Unterlassung aller jener Handlungen, die Erhaltung aller der Thatsachen zu fordern, deren Veränderung eine Gefahr für die Realisirbarkeit seiner Forderung, also die von Berner gemeinte „Schmälerung" seines Vermögens droht. Diese Gefahr kann z. B. dadurch herbeigeführt werden, daß der Schuldner sein Vermögen verschwendet, daß er einzelne werthvolle Sachen verschleudert oder neue Schulden eingeht: allein hier ist der Gläubiger nur zur Anrufung des Gerichtes und nach Umständen der rechtspolizeilichen Behörde, niemals aber zur eigenmächtigen Gewalt befugt — zur letzteren selbst dann nicht, wenn die Gefahr dringend und durch die erstgenannten Mittel nicht abzuwenden ist, mögen auch gleich jene Veräußerungen oder neuen Belastungen das ganze dermalige reine Vermögen des Schuldners erschöpfen oder übersteigen. Wer seinen Schuldner am Spieltische trifft, wo derselbe im Begriff ist, seine letzte Münze zu wagen, darf ihn, jedenfalls nach römischem Rechte, nicht etwa wegreißen oder gar niederstoßen, um den Verlust zu verhindern. Denn der Schuldner verletzt hier kein bestehendes thatsächliches Verhältniß, auf dessen Erhaltung der Gläubiger ein Recht hat; namentlich giebt dem Letztern sein Forderungsrecht keine Befugniß, zu verlangen, daß das Vermögen des Schuldners in demjenigen Bestande erhalten bleibe, welchen es zur Zeit der Begründung der Forderung oder später irgend einmal gehabt hat; und er kann daher dem Schuldner beliebige Verminderungen des Vermögens nicht eigenmächtig verwehren.

Der Gläubiger befindet sich überhaupt durch sein Forderungsrecht in keinem unmittelbaren thatsächlichen Verhältniß zu den einzelnen Sachen des Schuldners, sondern in einem

solchen Verhältniß nur zu der vermögensrechtlichen Persönlichkeit desselben überhaupt.

Allein hierin liegt eben zugleich der Grund, warum bei einer Gattung von Fällen die Gefährdung des Forderungsrechtes mit eigenmächtiger Selbsthülfe verhindert werden darf.

Das eben genannte Verhältniß nämlich, in welchem der Gläubiger zur gesammten Persönlichkeit des Schuldners steht, schließt das Recht in sich, zu verlangen, daß diese Persönlichkeit bei vorhandener Fälligkeit und Einforderung der Schuld dem Gläubiger mit dem ganzen Umfange ihrer in diesem Zeitpunkte vorhandenen Mittel insoweit zugänglich sei, als Dieß zu seiner Befriedigung nothwendig ist.

Hiefür kommt es nicht in Betracht, ob das Gebiet, auf welches sich die Herrschaft dieser Persönlichkeit erstreckt, also ihr Vermögen, sich in der Zwischenzeit, seit der Begründung der Forderung vergrößert oder vermindert hat. In Beziehung auf diese wirklichen, in Wahrheit vor sich gegangenen Veränderungen des Vermögens giebt dem Gläubiger sein Forderungsrecht keine Befugniß zu irgend einer Einwirkung. Bloß die vermögensrechtliche Persönlichkeit im Ganzen ist ihm gebunden, ist verpflichtet, sich ihm zum Zwecke seiner Befriedigung im entscheidenden Zeitpunkte stets auch praktisch so darzubieten, wie sie in Wirklichkeit beschaffen ist; aus ihrem wirklichen Gebiete dem Gläubiger Nichts vorzuenthalten. Aber in und neben diesem Gebunden-sein bleibt sie Persönlichkeit und als solche berechtigt zur Verfügung über den wirklichen Umfang jenes Gebietes, zu seiner Vergrößerung und ebenso auch zu seiner Verminderung.

Die Thatsache also, auf deren Dasein der Gläubiger vermöge seiner Forderung ein Recht hat, besteht darin, daß in dem bezeichneten Zeitpunkte zum Zwecke seiner Befriedigung

das ganze schuldnerische Vermögen, so wie es jetzt wirklich beschaffen ist, ungeschmälert offen stehe.

Der Schuldner darf daher Nichts thun, womit er das (sei es auch nur künftige) Dasein dieser Thatsache vorsätzlich gefährdet; er darf mit dem Zustande seines Vermögens keine solche Veränderung vornehmen, bei welcher seine Absicht und der mögliche Erfolg dahin geht, daß dem Gläubiger in jenem Zeitpunkte Etwas aus dem Vermögen vorenthalten werde. Insoweit also, aber auch nur insoweit, ist für den Gläubiger in seinem Forderungsrechte die Befugniß begründet, die Erhaltung des dermaligen thatsächlichen Zustandes zu verlangen, in welchem sich das Vermögen des Schuldners befindet; d. h. er hat kraft seiner Forderung unmittelbar ein Recht darauf, zu verlangen, daß Veränderungen jener Art unterbleiben. Jede solche absichtliche Veränderung zielt dahin, Dasjenige, was der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Schuldners anhängt, zum Nachtheile des Gläubigers der möglichen Verfügung (namentlich des Gerichtes) nicht in demjenigen Umfange offen zu lassen, auf dessen vollständige Darlegung und Offenhaltung der Gläubiger ein Recht hat. Es wird also hiedurch (nicht aber auch durch wirkliche, ernstlich gemeinte Veräußerungen) das thatsächliche Verhältniß verletzt, in welchem der Gläubiger von Rechts wegen zu der gesammten, vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Schuldners steht. Da nun diese Verletzung des thatsächlichen Verhältnisses in einer Veränderung von Thatsachen besteht, so ist eine etwaige Gewalthandlung, durch welche der Gläubiger im Nothfalle den Schuldner an jenem Beiseiteschaffen hindert, bloße Vertheidigung, und aus dem Gesichtspunkte derselben, mithin ebenso wohl, wie in anderen Fällen die eigentliche Nothwehr, rechtmäßig.

Dagegen verbietet nicht nur der Sprachgebrauch, über welchen man sich nicht willkührlich hinwegsetzen darf, hier mit Berner auch wirklich von „Angriff", „Nothwehr" zu reden, sondern es führt auch das Wesen der Vertheidigung selbst gemäß der Eigenthümlichkeit dieser Fälle darauf, daß die Bedingungen, unter welchen die eigenmächtige Gewaltanwendung gestattet ist, hier im Einzelnen theilweise eine andere Gestaltung annehmen, als bei der Nothwehr. Es ist nämlich jede Vertheidigung der bezeichneten Art an die allgemeine Bedingung geknüpft, daß der Zweck, die Erhaltung des dem Rechte gemäßen thatsächlichen Zustandes, nicht auf andere Weise, ohne eigenmächtige Verletzung, erreicht werden könne, und Dieß führt bei der im Bisherigen besprochenen Vertheidigung eines Forderungsrechtes darauf, daß eigenmächtige Gewalt gegen den Schuldner nur dann zulässig ist, wenn ohne solche die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirkt oder doch gesichert werden kann. Eben deßhalb aber ist aus Ursachen, welche in der Natur der hier zur Sprache kommenden Fälle liegen, nicht jedes bösliche Beiseiteschaffen von Vermögensstücken auch zur Begründung jener gewaltsamen Vertheidigung geeignet, sondern meist gerade nur das bösliche Wegschaffen in eine andere Gegend, woferne es mit Gefahr für die Rechtsverfolgung verbunden ist; also die Handlung, von welcher in der l. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor. die Rede ist. — Denn wollte z. B. der Schuldner Etwas bloß verbergen, so wird der Gläubiger da, wo ihm eine gewaltsame Verhinderung hieran physisch möglich ist, meist auch das Verfahren des Schuldners so weit verfolgen können, daß Benachrichtigung der Obrigkeit und Hülfe derselben zur Erreichung des Zweckes thunlich ist und ausreicht:

ebenso, wenn das Verbergen nicht einfach, und im wörtlichen Sinne, sondern durch fingirte Rechtsgeschäfte geschieht.

§. 24.

Im vorigen §. ist ausgeführt worden, daß und inwieweit eine der Nothwehr gleichartige und dennoch von ihr verschiedene Selbsthülfe zum Schutze von Forderungsrechten vorkommen könne. — Noch größeren Werth aber hat es wohl, Dasselbe in Bezug auf die Vertheidigung der dinglichen Rechte, namentlich des Eigenthums, nachzuweisen, und hier das Verhältniß zwischen der Nothwehr und jener anderen, mit ihr verwandten Selbsthülfe wissenschaftlich zu bestimmen. Bei diesen Rechten giebt es (anders als bei den Forderungen) auch eine eigentliche Nothwehr; indessen paßt hier dieses Wort, wie schon Wächter (Lehrbuch des Strafrechtes I. S. 92) angedeutet hat, eigentlich nur da, wo es sich um die Abwendung einer Gefahr für den Besitz handelt.

Man spricht nun aber allgemein nicht bloß von Nothwehr zu Gunsten des Besitzes, sondern auch von Eigenthums-Nothwehr — meistens ohne dabei anzugeben, wie sich die letztere zur ersteren verhalte, ob sie von ihr verschieden sei, und ob überhaupt außer der Vertheidigung des Besitzes auch noch andere rechtmäßige verletzende Handlungen zum Schutze des Eigenthums vorkommen können. Und doch gehört die Erörterung dieser Fragen zu einer vollständigen Lehre von der Selbsthülfe; sie bildet eine nothwendige Ergänzung und theilweise Berichtigung Dessen, was über die Nothwehr vorgetragen zu werden pflegt [1]).

---

1) Schon aus diesen Gründen hat Köstlin Unrecht, wenn er (Neue Revision S. 721—722) die von Wächter geforderte richtige Begränzung des Begriffes „Nothwehr" für gleichgültig hält. — Hätte man in unserer

Die Unbestimmtheit, welche in diesen Punkten herrscht, ist denn mit auch die Ursache davon, daß man bis auf den heutigen Tag über die Bedingungen der „Eigenthums-Nothwehr" nicht ganz einig geworden ist, und daß die Meisten für die straflose Vertheidigung des Eigenthums überhaupt eine Gränze aufstellen, welche schon ihren Worten nach nur auf die des Besitzes paßt.

Von dem Ersteren wird unten die Rede sein; unter dem Letzteren aber verstehe ich den von unseren meisten Schriftstellern allgemein behaupteten Satz, daß die Nothwehr in continenti geschehen müße, daß nicht der Eigenthümer während eines erkennbaren Zeitraumes gänzlich der Möglichkeit, körperlich über die Sache zu verfügen, beraubt gewesen sein dürfe (s. z. B. Köstlin, System S. 85 litt. b). —

Diese Gränzbestimmung ist allerdings in dem Falle richtig, daß man unter Eigenthums-Nothwehr gerade nur Dasjenige versteht, was unter die zu Gunsten des Besitzes fällt: allein dann erfordert die wissenschaftliche Vollständigkeit, daß der Lehre von der Nothwehr noch eine weitere Ausführung, über die verwandten Fälle der Selbstvertheidigung, zur Seite gestellt werde.

Nimmt man aber, wie Dieß z. B. von Berner [1]) geschieht, den Begriff der Eigenthums-Nothwehr in einem weiteren Sinne, so daß sie alle rechtmäßige, mit einer Verletzung des widerrechtlich Handelnden verbundene Vertheidigung des Eigenthums, ja (nach S. 588 unten, 589) des Vermögens im Allgemeinen, unter sich begreift, so muß man jene Gränze überhaupt anders

---

Frage den Begriff der Nothwehr immer scharf und richtig festgehalten, so wäre wohl manche Verwirrung unterblieben, manches Unrichtige und dennoch auch praktisch Bedeutsame nicht geschrieben und in unsere Gesetzbücher aufgenommen worden.

1) Im Neuen Arch. 1848. S. 586 ff.

bestimmen. Namentlich ist deßhalb nicht genügend, was Berner selbst a. a. O. S. 586—587 über jene Gränze ausführt; denn es bezieht sich Dieß nur auf die Vertheidigung des Besitzes, durch welche die des Eigenthums keineswegs erschöpft wird [1]). Indem aber Berner S. 291 weiter sagt,

wenn der Nöthiger den Eigenthümer aus der Verfügungs-Gewalt über die Sache entsetzt habe, so habe Ersterer gesiegt, und das Recht könne nun nicht mehr vertheidigt werden; die fortgesetzte Privatgewalt wäre strafbare Rache,

so ist Letzteres entschieden unrichtig. Es liegt hier offen vor, daß der weitere Begriff, Vertheidigung des Eigenthums, mit dem engeren, der Nothwehr zu Gunsten des Besitzes, verwechselt ist; denn in der That giebt es hier zwischen der letzteren einer-, und der Rache andererseits ein Drittes, nämlich eben die Vertheidigung, deren Gegenstand nicht die Erhaltung des Besitzes ist.

Den Eindruck, als ob jene Verwechslung zu Grunde läge, machen aber auch andere Darstellungen unserer Lehre bei älteren und neueren Rechtsgelehrten; und so scheint es denn ein sehr verbreiteter und überdieß noch nicht genügend aufgeklärter Irrthum zu sein, daß es außer der bei Angriffen auf den Besitz eintretenden Nothwehr keine anderen rechtmäßigen Verletzungen gebe, in welchen sich die Vertheidigung des Eigenthums gegen rechtswidriges, dasselbe bedrohendes Handeln äußern könnte [2]). Und doch ist Dieß in der That der Fall. Das Eigenthum kann nicht bloß durch Angriff auf den be-

1) Uebrigens stimmen jene Sätze Berner's jedenfalls mit Dem, was nach römischem Rechte über den Verlust des Besitzes gilt, theilweise gar nicht überein (s. unten §. 25).

2) Diese Ansicht liegt z. B. noch bei Heffter, Lehrb. §. 44. Anm. 3, zu Grunde.

stehenden Besitz, sondern auch durch Bedrohung anderer thatsächlicher Verhältnisse gefährdet werden; und hieraus ergiebt sich die Rechtmäßigkeit jener anderweitigen Vertheidigung von selbst.

Zwar ist der Besitz der einzige thatsächliche Zustand, welcher der Gesammtheit des Eigenthums-Rechtes entspricht; aber auch außer dem Besitze giebt es Thatsachen, welche für das Recht entschiedene Bedeutung haben, und zwar entweder für das Dasein des Rechtes selbst, oder aber (gleich dem Besitze) wenigstens für das Dasein des dem Rechte gemäßen thatsächlichen Zustandes. Auf die Erhaltung dieser Thatsachen aber hat der Eigenthümer darum ein Recht, weil er, gemäß dem Wesen des dinglichen Rechtes, durch dasselbe in einem unmittelbaren rechtlichen Verhältniß zur Sache steht, zur unmittelbaren Herrschaft über sie befugt ist. Es ist daher eine Wirkung des Eigenthums selbst, daß zur Erhaltung jener Thatsachen im Nothfalle durchaus dieselben Mittel angewendet werden dürfen, wie zur Erhaltung eines thatsächlichen Zustandes gegen eigentliche Angriffe: wird um dieses Zweckes willen zu Gewalt, zu Verletzung des rechtswidrig Handelnden geschritten, so haben wir im letzteren Falle Nothwehr, im ersteren eine auf demselben Rechtsgrunde beruhende, wenn auch nicht ebenso benannte, vertheidigende Selbsthülfe.

Die Fälle, in welchen außer der Nothwehr eine solche Vertheidigung des Eigenthums eintreten darf, lassen sich, je nach der Beschaffenheit der Gefahr, die durch sie beseitigt werden soll, auf zwei Gruppen zurückführen: bei den einen handelt es sich um die Erhaltung des Eigenthums selbst, bei den anderen um das Fortbestehen der Möglichkeit, dasselbe wenigstens in Zukunft wieder zu realisiren, insbesondere etwa, den Besitz der Sache wieder zu erlangen — also, wie schon

oben angedeutet worden ist, um das (künftige) Dasein des dem Rechte entsprechenden Zustandes; dabei aber stets zunächst um die Erhaltung von etwas Bestehendem, nämlich der thatsächlichen Bedingungen, von denen die Herbeiführung jenes rechtlichen Zustandes abhängt und auf deren Erhaltung der Eigenthümer ein Recht hat.

Bei den zuerst genannten Fällen, in welchen das Dasein des Eigenthumsrechtes den Gegenstand der Vertheidigung bildet, ist die Thatsache, die mittelst derselben erhalten werden soll, das Dasein, oder das in gewissen Beziehungen unveränderte Dasein der Sache, an welcher das Eigenthum besteht. Die Gefahr liegt hier darin, daß die Sache, welche der Eigenthümer nicht besitzt, durch rechtswidriges Handeln eines Andern mit Vernichtung oder doch mit einer solchen Veränderung bedroht wird, welche das Eigenthumsrecht selbst aufhöbe (z. B. mit Verwandlung in bloße Accession einer fremden Sache, mit Specification u. s. w.). Denn das Dasein des Eigenthumsrechtes ist ja stets mindestens durch eine Thatsache bedingt, nämlich durch das Dasein, und zwar das in gewissen Beziehungen selbstständige Dasein seines Gegenstandes.

Die Fälle der zweiten Gruppe (diejenigen, bei denen es sich um die Realisirbarkeit des Rechtes handelt) haben zu ihrem Gegenstande die Erhaltung der Sache in einer solchen Lage, welche dem Eigenthümer die Möglichkeit offen läßt, sein Recht an ihr wirksam zu verfolgen. — Diese Fälle haben mit der im vorigen §. besprochenen Vertheidigung von Forderungsrechten große Aehnlichkeit, und wie dort, so ist auch hier die Erhaltung eines thatsächlichen Zustandes, von dem die Realisirung eines Rechtes abhängt und bei dessen Bestehen daher der Berechtigte betheiligt ist, Zweck und Rechtsgrund der Selbsthülfe; dieselbe ist in beiden Fällen wirkliche Ver-

theidigung, zielt ihrem Wesen nach nicht etwa dahin, einem dem Rechte gemäßen Zustand herbeizuführen. Obgleich dieser letztere Zweck — nämlich hier die Wiedererlangung der Sache, dort die Befriedigung des Gläubigers — so zu sagen im Hintergrunde steht, so begründet er doch an sich noch nicht die Befugniß zu einer verletzenden Selbsthülfe; diese kann vielmehr auch hier nur Vertheidigung sein, sich nur auf die Erhaltung eines thatsächlich Bestehenden beziehen; und dieses Letztere sind eben die Verhältnisse, welche die Realisirbarkeit des Rechtes nach den bezeichneten zwei Richtungen hin bedingen.

Als Beispiel mag hier die Vertheidigung des Besitzes und Eigenthums gegen den Dieb dienen. Dieselbe ist Nothwehr unbedingt so lange, als der Verbrecher den bisherigen Besitzer der Sache noch nicht aus dem Besitze gesetzt, d. h. noch nicht von der Möglichkeit ausgeschlossen hat, auf die Sache unmittelbar einzuwirken. Ist Dieß aber einmal, wenn auch nur auf ganz kurze Zeit, geschehen, so kann es sich, was den Besitz betrifft, nicht mehr um Vertheidigung, sondern nur noch um Wiedererlangung desselben handeln. Gleichwohl ist die Gewalt, welche gegen den Dieb angewendet wird, auch jetzt noch Vertheidigung — nur nicht mehr des Besitzes, sondern des Eigenthums als solchen. Ihre Rechtmäßigkeit folgt daraus, daß, so lange sich die Sache beim Diebe befindet, eben hierin schon vermöge der Persönlichkeit dieses Besitzers eine beständige, dringende Gefahr wo nicht für das Dasein, so doch für die (sei es auch nur zukünftige) Realisirbarkeit des Eigenthums begründet ist.

Uebrigens pflegen fast alle Schriftsteller auch diese Vertheidigung des Eigenthums in einem Falle Nothwehr zu nennen: nämlich alsdann, wenn sie unmittelbar („in continenti“) auf die Besitz-Entsetzung folgt; denn obwohl sie hier

eigentlich nicht mehr Vertheidigung gegen diesen Angriff ist, so kann doch das Thun des Diebes, gegen welches sie gerichtet wird, noch mit dem Angriffe zusammen als ein Ganzes, als eine Gesammt-Handlung, gedacht werden. Für diese Fälle giebt man denn nun die Rechtmäßigkeit der Gewalt so ziemlich allgemein zu, nicht aber ebenso auch für den anderen, d. h. für den, daß der Dieb während einer Zwischenzeit ungestört im Besitze geblieben war.

Allein es läßt sich in der That nicht einsehen, warum nicht auch im letzteren Falle der Eigenthümer sein Recht, dessen Vorhandensein ja nicht durch den Besitz bedingt ist, nöthigenfalls noch selbst sollte vertheidigen dürfen. Ganz unbestreitbar ist Dieß, wie ich glaube, z. B. dann, wenn der Dieb die Sache (vielleicht eben, weil er sich in ihrem Besitze nicht mehr sicher fühlt, und aus bloßer Bosheit) zu zerstören droht; oder wenn er sie in ein entferntes Land zu schaffen sucht, in welchem sie der Möglichkeit gerichtlicher Verfolgung entzogen wäre; denn hier ist offenbar im ersten Falle das Dasein des Eigenthumsrechtes, im letzteren die Möglichkeit seiner Realisirung durch eine Veränderung von Thatsachen gefährdet, und auf den letzteren Fall findet überdieß, was das römische Recht betrifft, die l. 10. §. 16. quae in fraud. creditor. eine fast unmittelbare Anwendung. Allein man wird, wie ich glaube, noch weiter gehen und annehmen können, daß mindestens die Gefahr für die Realisirbarkeit des Rechtes schon durch den Besitz des Diebes selbst fortwährend und in dringender Weise begründet ist; denn vom Diebe kann gar nichts Anderes erwartet werden, als daß er die im Besitze liegende Verfügungsgewalt schon von Anfang an und bei jeder Gelegenheit, in jeder Weise zum Nachtheile des Eigenthümers benützen werde.

Warum sollte nun zur Abwendung jener Gefahren in

Ermangelung anderer Mittel (insbesondere obrigkeitlicher Hülfe) nicht ebensowohl eigenmächtige Vertheidigung eintreten dürfen, wie gegen Angriffe auf den Besitz, der doch nur eines der für das Eigenthum wichtigen, thatsächlichen Verhältnisse ist? —

Ueberall freilich, und so auch da, wo es sich um den Schutz des Eigenthums handelt, muß die eigenmächtige, mit Verletzung eines Andern verbundene Vertheidigung auf den Zweck der Erhaltung Dessen, was thatsächlich besteht, beschränkt bleiben; niemals kann sie dadurch begründet sein, daß ein verlorener Zustand wiederhergestellt, überhaupt eine dem Recht entsprechende Lage durch Veränderung der bestehenden herbeigeführt werden soll: dieses Verändern, Wiederherstellen muß nach der Ansicht Aller, auch Derer, welche die Befugniß zur Vertheidigung im weitesten Umfange anerkennen, der Staatsgewalt vorbehalten bleiben.

Daher kann namentlich Derjenige, welchem ein Anderer den Besitz einer Sache widerrechtlich entzogen hat, nicht etwa daraus, daß er früher Besitzer war, ein Recht ableiten, dem Gegner den Besitz eigenmächtig wieder zu entreißen: er wird also hiezu nicht durch die geschehene Besitzentsetzung an sich befugt, sondern nur (nach Umständen), falls er der wahre Berechtigte ist, durch eine fortdauernde oder hinzukommende Gefahr für sein Recht selbst — sei dasselbe Eigenthum, oder ein anderes. — Diese weitere Gefahr für das Recht aber muß in der Beurtheilung von jenem früheren Verluste des Besitzes wohl unterschieden werden. Der Besitz ist verloren: Dieß ist eine Folge des früheren, siegreichen Angriffes, welchem der Entsetzte unterlegen ist, und die neue Gefahr giebt an sich keinen Rechtsgrund zur gewaltsamen Wiedereroberung des Besitzes.

Aber andererseits ist der frühere Verlust des Besitzes kein Hinderniß, aus dem Eigenthum selbst auch zum Schutz

einer Sache, die der Berechtigte nicht besitzt, die Befugniß zu einer Vertheidigung hervorgehen zu lassen, welche in ihrer Wirkung ebenso weit reicht, wie die Nothwehr. Hiegegen folgt denn auch Nichts aus den römischen Stellen, welche den Besitzer von Liegenschaften gegen den widerrechtlichen Eindringling nur zur Dejection *in continenti* ermächtigen; denn aus dem Besitze als solchen folgt allerdings kein weiter gehendes Recht zur Eigenmacht; wohl aber nach Umständen aus dem Eigenthum oder dem sonstigen dinglichen Rechte selbst, von dem in jenen Stellen gar nicht die Rede ist (s. ob. S. 280 ff.).

Nach dem bisher Ausgeführten ist also derselbe Rechtsgrund, welcher die Nothwehr erzeugt, auch auf andere Fälle anwendbar, in welchen Eigenthum oder andere dingliche Rechte gegen rechtswidriges Handeln vertheidigt werden. Gleichwohl bestehen hier zwei Unterschiede von Dem, was bei der Nothwehr gilt, soferne dieselbe Erhaltung des Besitzes zum Gegenstande hat.

Auf den einen dieser Unterschiede führt der Begriff der Vertheidigung — hievon in §. 25 —; der andere ergiebt sich daraus, daß das Thun, gegen welches die Vertheidigung in dem besprochenen Umfange gestattet sein soll, rechtswidrig sein muß. Von dieser letzteren Seite her genügt bei der Nothwehr die objective Richtung des Angriffes gegen das Recht, ohne daß es darauf ankommt, ob dieser Angriff mit Bewußtsein der Widerrechtlichkeit verübt wird oder nicht. Anders in unseren Fällen; hier kann selbst der Gesichtspunkt der Vertheidigung niemals eine Verletzung Dessen rechtfertigen, welcher die betreffende Sache in gutem Glauben besitzt. Denn gegenüber von einem Solchen befindet sich der Eigenthümer in einem eigentlichen Widerstreite (einer Kollision) von Rechtsansprüchen, und dieser Widerstreit kann, da die

thatsächliche Lage sogar gegen den Eigenthümer spricht, zu Gunsten desselben nur durch Einschreiten des Gerichtes, in Folge eines vor demselben geführten Beweises, niemals aber durch willkührliche Gewaltthat des Einzelnen entschieden werden. Was der gutgläubige Besitzer mit der Sache vornimmt, gilt insoferne nicht für rechtswidrig, als nicht sein vorläufig vom Rechte anerkanntes Verhältniß zur Sache auf dem Wege Rechtens durch das stärkere Recht des Eigenthums überwunden, oder doch die Frage hierüber vermöge der Litiscontestation richterlicher Entscheidung unterstellt ist.

Anders dagegen bei dem Besitzer in bösem Glauben. Dessen Besitz ist, so lange er währt, eine stete, rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigenthums; jede Handlung, durch welche er seine Gewalt über die Sache ausübt, ist eine neue bewußte Verletzung des ausschließlichen Rechtes, über die Sache zu verfügen — eines Rechtes, welches durch den Verlust des Besitzes nicht eingebüßt worden ist. — Der Berechtigte ist nun zwar hier, nachdem der Angriff auf den Besitz gänzlich vorübergegangen ist, an sich nicht mehr befugt, sich diesen eigenmächtig wieder zu verschaffen: aber wenn der in bösem Glauben befangene Besitzer mit der Sache Etwas vornimmt, wodurch das Eigenthum selbst noch weiter bedroht wird, also z. B., wenn dringende Gefahr obwaltet, daß er die Sache ganz oder theilweise zerstören oder in einer Weise entfernen werde, welche für den Berechtigten alle Möglichkeit, die Sache wieder zu erlangen, ausschlöße, so muß der Eigenthümer befugt sein, gegen diese neue Rechtswidrigkeit, woferne ihr nachtheiliger Erfolg nicht auf andere Weise, namentlich etwa durch obrigkeitliche Hülfe, abgewendet werden kann; selbst eigenmächtig Gewalt zu brauchen. Ich darf daher z. B. den fliehenden Dieb, gegenüber von welchem ich sonst keine Aussicht auf Wiedererlangung meiner Sache habe, selbst ex intervallo über-

wältigen; ich darf Demjenigen, welcher mein Haus in bösem Glauben besitzt und dasselbe einzureißen oder zu verbrennen droht, dem unredlichen Besitzer meines Ackers, wenn er denselben zu verwüsten Anstalt macht, die Ausführung dieser rechtswidrigen Absicht *nöthigenfalls* mit Gewalt verwehren. Denn hier handelt es sich keineswegs bloß um die Wiederherstellung eines entzogenen Rechtes, sondern um die Erhaltung des dermaligen thatsächlichen Zustandes gegen eine rechtswidrige Veränderung; um die Gegenwehr wider die rechtswidrige Aufhebung der für das Eigenthum höchst wichtigen Thatsache, daß die mir gehörige Sache vorhanden ist, und zwar in einer Weise vorhanden ist, welche die Möglichkeit der Wiedererlangung offen läßt. Dadurch, daß ich den *Besitz* verloren habe, ist nicht auch die Befugniß verwirkt, mein übrig gebliebenes *Recht*, das Eigenthum, gegen weitere rechtswidrige Gefährdung desselben zu vertheidigen. Zwar ist das Mittel dieser Vertheidigung nothwendiger Weise eine *Störung* und häufig sogar eine *Entziehung* des widerrechtlichen *Besitzes*; sehr oft wird man die Gefahr, welche dem Eigenthum selbst droht, nur dadurch abwenden können, daß man die Sache dem Gegner abnimmt und wieder in den eigenen Besitz bringt: allein sogar in diesen Fällen, wo die Vertheidigung thatsächlich, im *praktischen* Erfolge selbst *Wiedererlangung des Besitzes* nach sich zieht, hört erstere darum doch nicht auf, in ihrem *Rechtsgrunde* und ihrer *rechtlichen* Bedeutung wirkliche Vertheidigung zu sein. Deßhalb wird selbst die Annahme der bisher, in diesem §. besprochenen Art der Rechtsvertheidigung von dem ob. S. 280 ff. erörterten Einwande Ludens nicht getroffen. Denn daß Derjenige, welcher früher einmal den Besitz verloren hatte, den jetzigen Besitzer in demselben nicht stören dürfe, ist nur insoweit richtig, als der Erstere hiezu nicht einen besonderen Rechtsgrund hat.

Der Umstand freilich, daß er früher Besitzer war, giebt ihm nicht das Recht zu einer solchen Störung, und nur Dieß sagen die oben S. 279 u. angeführten römischen Gesetze. Steht ihm aber ein besonderer, anderweitiger Rechtsgrund für die Selbstvertheidigung zur Seite, so ist nicht einzusehen, warum er nicht den vom Anderen erlangten Besitz ebenso wohl, wie irgend ein anderes Recht desselben sollte verletzen dürfen. Erlaubt doch das römische Recht den Eingriff in fremden Besitz sogar zur Rettung des Eigenthums aus einer solchen Gefahr, welche ihm nicht einmal aus einem rechtswidrigen Thun des Besitzers, sondern aus bloßer Naturgewalt droht!

D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 29. §. 3, l. 49. §. 1.
— XLVII. 9. de incendio l. 3. §. 7.
— XLIII. 24. quod vi aut clam l. 7. §. 4.
— XIX. 5. de praescr. verb. l. 14 pr.
(s. Noodt, ad leg. Aquil. lib. sing. cap. 6. [S. 126], Wächter, Lehrb. des Strafrechtes Bd. I. S. 98.)

Aus demselben Grunde kann man sich gegen das in diesem §. Ausgeführte auch nicht auf das Verbot gewaltthätiger Selbsthülfe, also nicht auf die ob. §. 18 am Anf. angef. Stellen, und für das deutsche Recht nicht auf P.G.O. 214 berufen (wie Dieß Heffter, Lehrb. §. 44. Anm. 3 thut): denn jenes Verbot ist eben nur die Regel, von welcher die Nothwendigkeit der Rechtsvertheidigung hier ebensowohl, wie bei der Nothwehr, eine Abweichung begründen muß [1]). Zwar betreffen die einzelnen Anwendungen, welche das römische und deutsche Recht von dem letzteren Grundsatze machen, meistens nur Fälle der Nothwehr: allein Dieß hindert

1) So darf man freilich eine gestohlene oder geraubte Sache dem Verbrecher nur dann ex intervallo mit eigenmächtiger Gewalt abnehmen, wenn man sich die Sache nicht auf andere Weise, namentlich durch obrigkeitliche Hülfe, sichern kann. Mehr aber kann aus P.G.O. 214 nicht geschlossen werden.

uns nicht, die allgemeinen Aussprüche über die Rechtmäßigkeit der Vertheidigung auf alle Handlungen zu beziehen, welche das Wesen der Vertheidigung an sich tragen. Ueberdieß kann man sich hiefür, was das römische Recht betrifft, noch auf Dasjenige berufen, was von der Selbsthülfe gegen den fur und gegen den flüchtigen Schuldner ausdrücklich gesagt ist. Denn was die erstere betrifft, so haben zwar die XII Tafeln bei ihrem Tödtungsrechte nur den betretenen fur im Auge; soferne und soweit aber dieses Recht sich auf die eigentliche Vertheidigung bezieht, konnte und mußte es wohl als Vorgang und Anhaltspunkt benützt werden, woraus sich auch andere Fälle der in Vertheidigung geübten Selbsthülfe, als gerade bloß die oben in dieser Beziehung schon angeführten der eigentlichen Nothwehr, vom Standpunkte des Civilrechtes rechtfertigen ließen. Ueberdieß aber erkannte schon das älteste römische Recht eine Art der Selbsthülfe gegen den fur unter Umständen an, welche keinen Zweifel daran übrig lassen, daß mindestens diese Selbsthülfe keineswegs auf die unmittelbar der Verübung des Verbrechens folgende Zeit eingeschränkt war; nämlich die Haussuchung, von welcher Cajus III. §§. 186, 187, 192, 193 berichtet und welche nicht einmal bloß bei der Unmöglichkeit obrigkeitlichen Einschreitens, sondern überall eintrat, da die Haussuchung überhaupt (und zwar nicht bloß beim furtum, sondern auch bei crimina publica) gar nicht von der Obrigkeit vorgenommen, sondern dem Ankläger überlassen wurde [1]).

§. 25.

Es ist in den beiden §§. 23 und 24 das Gebiet festgestellt worden, innerhalb dessen auch außer der Nothwehr

---

1) S. Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. II. S. 166; vergl. über das Verfahren bei crim. publ. Cicero in Verrem II. 74, III. 66, Geib, röm. Crim.-Proc. S. 354.

eine mit derselben gleichartige Vertheidigung des Eigenthums als rechtmäßig anerkannt werden muß.

Daß eine solche rechtmäßige Selbsthülfe der Nothwehr zur Seite gestellt, gleichwohl aber von derselben unterschieden werden müße, hat unter den Neueren namentlich Wächter in seinem Lehrbuche Bd. I. S. 85, 92 geltend gemacht [1]). Weiter in's Einzelne verfolgt wurde dieser Gedanke von Sander

im N. Arch. 1841. S. 90—98,

welcher jedoch — im Gegensatze zu Wächter — immer noch darin fehlt, daß er der Nothwehr im Verhältniß zu jener verwandten Selbsthülfe einen zu weiten Umfang beilegt.

Eine vollständige Darstellung der letzteren in ihrer Eigenthümlichkeit und Begränzung gegen die Nothwehr findet sich bis jetzt meines Wissens nicht in unserer wissenschaftlichen Literatur: denn Wächter giebt, der allgemeinen Anlage seines Lehrbuches gemäß, an der bezeichneten Stelle desselben mehr nur Andeutungen, und nennt jene anderweitige Selbsthülfe, z. B. gegen den fliehenden Schuldner, nicht Vertheidigung. — Jene Lücke in den strafrechtlichen Werken hängt nun aber mit einer allgemeineren Frage zusammen, welche schon im Obigen berührt worden ist.

Die nothwendige Voraussetzung für den Unterschied zwischen der Vertheidigung des Besitzes (eigentlichen Nothwehr), und anderen Fällen der Eigenthums-Vertheidigung ist Dasjenige, was im Privatrechte vom Verluste des Besitzes gilt. Denn so Viel steht fest: einen verlorenen Besitz kann man überhaupt ebenso wenig vertheidigen, als sonst irgend etwas Verlorenes; wohl aber darf, des Besitzverlustes ungeachtet, der

---

1) Vergl. desselben Handb. des württ. Privatrechts Bd. II. S. 406 (dieses Werk enthält bekanntlich überhaupt einen vollständigen allgemeinen Theil des Pandektenrechtes).

Eigenthümer oder sonstige Berechtigte nach Umständen zum Schutze seines Rechtes selbst noch Gewalt anwenden.

Es entsteht also die Frage: wann ist nach privatrechtlichen Grundsätzen durch einen rechtswidrigen Angriff der Besitz verloren? — oder in umgekehrter Fassung: wie lange dauert, des Angriffes ungeachtet, der Besitz fort, so daß also noch Vertheidigung desselben möglich und rechtmäßig ist? — Dieß wird vom römischen Rechte verschieden beantwortet.

Gegenüber gewaltsamen Angriffen auf den Besitz irgend welcher Sachen und gegenüber allen Angriffen auf den Besitz von Liegenschaften gilt die Regel, daß hier der Besitz als gar nicht verloren angesehen wird, wenn der Besitzer sofort auch nur im Verlaufe des Kampfes („in ipso congressu"), beziehungsweise sofort auf die Kunde vom heimlichen Eindringen des Anderen in seine Liegenschaft sich die Verfügungs-Gewalt über seine Sache wieder verschafft hat — mag ihm auch zuvor diese Gewalt vorübergehend entzogen gewesen sein.

D. XLI. 2. de acq. v. am. poss. l. 18. §. 3, l. 25. §. 2, l. 46.

— XLIII. 16. de vi l. 3. §. 9, l. 17.

Savigny, Besitz §. 40, S. 520 ff.,

Wächter, Hdb. d. württ. Prr. II. S. 407. Anm. 10.

Eben deßhalb nun, weil hier der Besitz erst mit dem Nachgeben oder Unterliegen verloren geht, muß er bis dahin als Gegenstand einer möglichen Vertheidigung angesehen werden: von diesen Fällen ist es mithin ganz richtig, daß jede dem Angreifer sofort („in continenti") zugefügte Verletzung, soferne sie auf die Wiedererlangung der Verfügungs-Gewalt über die Sache hinzielt, als Vertheidigung des Besitzes, Nothwehr zu Gunsten desselben betrachtet werden muß. Hier ist also die oben S. 279 unten — 280 oben besprochene Regel

ganz an ihrem Orte — wie denn die Worte „in continenti“, „ex intervallo“, deren sich unsere Schriftsteller zu bedienen pflegen, und die Belegstellen, welche sie für jene Regel anführen, sich bei den Römern gerade nur auf den Schutz des Besitzes von Liegenschaften und gegen gewaltsame Angriffe beziehen. Man sollte sich daher nicht, wie es unsere Schriftsteller fast alle thun, jener Stellen und Ausdrücke zu Sätzen bedienen, welche allgemeine Geltung für jeden Verlust und jede Vertheidigung des Besitzes, oder gar des Vermögens überhaupt, in Anspruch nehmen.

In allen anderen Fällen nämlich, außer den beiden angeführten, also bei jedem nicht mit Gewalt gegen die Person verbundenen Angriff auf bewegliche Sachen, ist der Besitz schon verloren, sobald der Besitzer durch den Gegner der Möglichkeit beraubt ist, „die unmittelbare physische Herrschaft über die Sache nach Willkühr zu reproduciren,“ also, sobald der Gegner (sei es auch nur auf ganz kurze Zeit) die Gewalt der ausschließlichen Verfügung über die Sache ihm entzogen — etwa sich selbst verschafft hat [1]). Eigentliche Vertheidigung

---

1) Hiernach ist der Satz Levita's (Nothwehr S. 178. Anm. 17),

daß durch die Contrectationshandlung des Diebes der Besitz des Eigenthümers doch verloren werde,

wahr, woferne man hier unter Contrectationshandlung (richtig) gerade nur eine solche versteht, mittelst welcher der Dieb die Sache auch wahrhaft in seine Gewalt bringt. Nun geht aber Levita S. 177 von der Ansicht aus, daß auch, nachdem der Dieb die Contrectation vorgenommen habe, die Gefahr des Eigenthümers, die Innehabung seines Eigenthums zu verlieren, fortdaure. Aus dem letzteren Satze würde den Worten nach folgen, daß auch trotz jener „contrectatio“ die Innehabung des Eigenthümers noch fortdauern könne — denn was man nicht hat, kann man nicht verlieren — also weiter, daß Lev. unter contrectatio nicht bloß diejenige Handlung versteht, durch welche der Dieb die Sache in seine Gewalt bringt, sondern etwa überhaupt die des bloßen Ergreifens; und die „contrectatio“ in diesem Sinne über Besitz-Erwerb und Consummation des Diebstahles enscheiden lassen zu wollen, wäre ein

des Besitzes ist demnach hier so lange, aber auch nur so lange möglich, bis dem Angegriffenen die Gewalt der Verfügung vollständig entzogen ist, was beim Diebstahle dadurch geschieht, daß der Angreifer die Sache in seine eigene Gewalt bringt. Der Grund hievon ist nicht etwa der, daß in den am Häufigsten vorkommenden Fällen dieser Art, nämlich beim Diebstahle, hiemit das Verbrechen, welches mittelst des Angriffes verübt wird, vollendet ist; wohl aber stützt sich das Eine, wie das Andere darauf, daß der Besitz beweglicher Sachen vom früheren Besitzer sofort mit der gänzlichen Entziehung der Verfügungs-Gewalt verloren und vom Angreifer unmittelbar mit der Aneignung dieser Gewalt erworben ist. Es ist zwar unrichtig, wenn man die Gränze der Nothwehr in die juristische Vollendung (Konsummation) jenes Verbrechens setzt, wie Dieß in Luden's Abhandlungen (Bd. II. S. 485. Anm. 1) jedenfalls den Worten nach geschieht. Allein aus demselben Grunde ist auch gegen die obige Behauptung, wonach die Thatsache des Besitzverlustes entscheidet, gar Nichts gesagt, wenn unsere Schriftsteller einwenden: „die Schranke des Rechtes der Nothwehr könne nur in der Aufhebung des Angriffes gelegen sein, nicht in dem dafür ganz irrelevanten Momente der juristischen Konsummation des in dem Angriffe

---

Rückfall in längst widerlegte Ansichten (s. Savigny's Besitz §. 14. a. E., S. 232—235, Wächter im N. Arch. 1840. S. 164, 165). Allein gewiß ist Dieß nicht Levita's Meinung; vielmehr ist bloß sein Satz auf S. 177 unten unrichtig; Levita hätte hier vielmehr sagen sollen: der Eigenthümer laufe noch Gefahr, die Möglichkeit zu verlieren, daß er die Innehabung seiner Sache wieder erlangen könne. — Läßt man aber diesen Gesichtspunkt entscheiden, so muß man folgerichtig auf die oben in §. 24 aufgestellte, von der Nothwehr verschiedene Rechtsvertheidigung kommen, zu deren Ausübung auch das „in continenti“ nicht erfordert wird. Es ist also der Widerspruch zwischen Levita's beiden Sätzen ein neuer Beleg für die Nothwendigkeit, der Lehre von der Selbstvertheidigung die ob. begründete Erweiterung zu geben.

liegenden Verbrechens: nur die factische Beendigung des Angriffes, nicht seine juristische Vollendung als Verbrechen, könne über die Frage der Zulässigkeit der Nothwehr entscheiden [1])", (Levita S. 177; — ebenso schon Sander a. a. O. S. 96—97; Köstlin, N. Rev. a. a. O. und System S. 85). — Denn die factische Beendigung eines Angriffes auf den Besitz liegt eben in der vollständigen Entziehung, beziehungsweise Aneignung desselben.

Es ist ferner durchaus unrichtig, wenn man allgemein, mithin auch für nicht gewaltsame Angriffe auf bewegliche Sachen, den Satz aufstellt, daß der Besitz erst alsdann verloren, mithin Nothwehr zu Gunsten des Besitzes erst alsdann ausgeschlossen sei, wenn dem bisherigen Besitzer „auch nicht der leichteste Schimmer einer sofortigen **Wiedererlangung** seiner Sache übrige (so Berner im N. Arch. 1848. S. 589); oder: „wenn zwischen dem Acte der widerrechtlichen Entziehung des Besitzes und demjenigen seiner gewaltsamen Wiedererlangung gar kein Verhältniß der Continuität bestehe, wenn also in der Zwischenzeit ein Zeitpunkt des ruhigen Innehabens für den ursprünglichen Angreifer eingetreten sei" (Levita S. 178); „wenn der Eigenthümer den Besitz der Sache zu einer ganz anderen Zeit und an einem ganz anderen Orte wieder ergreifen wolle" (Sander a. a. O. S. 98 oben). Allerdings kommt es für die Möglichkeit, den Begriff der Vertheidigung anzuwenden, überall darauf an, ob der Besitz noch bestand oder schon verloren war; aber eben deßhalb kann gegenüber nicht gewaltsamen Angriffen auf

---

1) Levita setzt noch hinzu: „die Gränze gegen die Selbsthülfe bestimmen." Hier ist offenbar der Ausdruck unrichtig; denn auch die Nothwehr gehört ja zur Selbsthülfe. Derselbe Fehler — Mangel der gehörigen Unterscheidung zwischen Selbsthülfe überhaupt und rechtswidriger, unerlaubter Selbsthülfe — findet sich auch bei Sander a. a. O.

bewegliche Sachen von Vertheidigung des Besitzes nicht mehr die Rede sein, sobald in irgend einem Zeitpunkte die Verfügungs-Gewalt des bisherigen Besitzers gänzlich aufgehoben war. Diese Gewalt kann nun aber nach Umständen selbst alsdann noch fortbestehen, nachdem der Angreifer die Sache schon ergriffen und von ihrer Stelle genommen hat: nämlich in dem Falle, wenn derselbe sich in diesem Zeitpunkte und von da an unausgesetzt mit seiner Person **und zugleich mit der Sache** in der Gewalt des Besitzers oder eines Solchen befindet, welcher dessen Stelle vertritt. Hierher würde folgender Fall gehören, welcher sich recht wohl denken läßt: der Besitzer weiß um das diebliche Vorhaben des Anderen und ist vielleicht selbst gegenwärtig, während dieser die Sache ergreift, läßt ihn aber vorläufig scheinbar gewähren, indem er sich einer Uebermacht bewußt ist, vermöge deren er seine Verfügungsgewalt über die Sache wahrhaft nach Willkühr reproduciren, nämlich jeden Augenblick, sobald er nur will, dem Diebe die Sache entreißen und beliebig auf sie einwirken kann. Hier ist, so lange Dieß in der That lediglich vom Belieben des bisherigen Besitzers abhängt, der Besitz vom Diebe noch gar nicht erworben, dem bisherigen Besitzer noch nicht verloren; der Dieb hat die Sache noch gar nicht wahrhaft in seine Gewalt gebracht, so lange er selbst sich mit der Sache in der vollständigen Gewalt des bisherigen Besitzers befindet. Daher ist es denn namentlich auch möglich, daß der Besitzer noch im Besitze ist, während er den mit der Sache fliehenden Dieb verfolgt; nämlich dann, wenn es in seiner Macht liegt, jeden Augenblick, sobald er will, den Dieb zu überwältigen (z. B. etwa durch den Gebrauch einer Waffe, deren er sich nur nicht jetzt schon bedienen mag, weil er den äußersten Schritt so lang als möglich zu vermeiden

wünscht, — oder durch Hülfe Anderer, von welchen er weiß, daß sie sofort zur Ueberwältigung des Diebes bereit sind). Auf solche besondere Fälle ist denn, wie ich glaube, der Satz nicht anwendbar, welcher, wohl nur im Hinblick auf die gewöhnlichen Fälle, von Savigny und Wächter [1]) aufgestellt wird: „Derjenige, welcher eine bewegliche Sache ergriffen hat und in seiner Hand hält, habe jene Sache in seiner ausschließlichen Herrschaft und in seiner Gewalt und sei mithin, unter Voraussetzung des dazu nöthigen Bewußtseins und Willens, ihr Besitzer." Die Abweichung von dieser Regel für die obigen besonderen Fälle kann man denn namentlich auch durch die Analogie der l. 15. D. de acq. vel amitt. possess. (XLI. 2) unterstützen; denn so gut dort nach dem Ausspruche des Cajus der Besitz der vom Sklaven des Besitzers entwendeten Sache darum als fortbestehend angenommen wird, weil sich der fur selbst, also vermittelst desselben auch die entwendete Sache, im Besitze des Herrn befindet [2]): ebensowohl muß auf die gleiche Weise entschieden

---

1) Savigny, Recht des Besitzes §. 14, S. 232; Wächter im N. Arch. 1840. S. 180. Uebrigens ist, wie ich glaube, das oben Behauptete der Savigny'schen Grundansicht, welche auch von Wächter angenommen ist, gemäß: denn nach derselben entscheidet über den Besitz-Erwerb die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Hiernach muß es, da die körperliche Berührung nicht entscheidet, bei Demjenigen, welcher eine Sache in der Hand hält, noch darauf ankommen, ob hierin nach den Umständen des einzelnen Falles jene Möglichkeit liegt oder nicht. Dieß ist aber eine rein thatsächliche Frage. Zu verneinen ist sie natürlich z. B. schon da, wo der Dieb auch nur die Möglichkeit hat, die Sache wider den Willen des bisherigen Besitzers zu vernichten oder ganz unzugänglich zu machen (z. B. in's Feuer, in's Meer zu werfen); überhaupt ohne allen Zweifel in den weitaus meisten Fällen. Fehlen aber kann jene Verfügungs-Gewalt selbst Demjenigen, welcher die Sache in seiner Hand hat, aus dem oben im Texte angegebenen Grunde.

2) Savigny a. a. O. §. 31, S. 397.

werden, wo der Dieb mit der Sache aus den oben angeführten oder ähnlichen Gründen in der unmittelbaren Verfügungs-Gewalt Dessen ist, welchen er bestehlen wollte. In diesen Fällen ist denn auch der Diebstahl noch gar nicht vollendet, weil der Dieb die Sache noch gar nicht in seine Verfügungs-Gewalt gebracht, der Besitzer diese Gewalt noch nicht verloren hat.

Keineswegs aber gilt das zuletzt Ausgeführte auch in anderen, als den bezeichneten Fällen für die sofort an die Verübung des Verbrechens sich anreihende Verfolgung des Diebes. Hat derselbe einmal — sei es auch nur auf ganz kurze Zeit — die Sache völlig in seine ausschließliche Verfügungs-Gewalt bekommen, so ist eben hiemit die Verfügungs-Gewalt des bisherigen Besitzers erloschen [1]), der Besitz desselben verloren und nicht mehr Gegenstand eigentlicher Vertheidigung. Hierin liegt ja gerade der Unterschied zwischen dem Verluste des Besitzes von Liegenschaften auf der einen, und von beweglichen Sachen auf der anderen Seite: wäre es richtig, daß, so lange jene Verfolgung dauert, der Besitz unbedingt als gar nicht verloren gilt, so bestünde ja jener unzweifelhafte Unterschied gar nicht, der auch von allen Seiten, wenigstens den Worten nach, zugegeben wird. Zwar macht Berner [2]) geltend, der Besitzer wolle durch die Verfolgung des Diebes erst ausmitteln, ob es ihm (dem Ersteren) unmöglich sei, über die Sache zu verfügen. Allein diese Unmöglichkeit, beziehungsweise eigentlich die entgegengesetzte Möglich-

---

1) Kaum der Erwähnung bedarf es daher, daß die Ansicht, welche ich ob. in den unmittelbar vorangehenden Sätzen des Textes aufgestellt habe, keineswegs mit den von Wächter a. a. O. widerlegten Behauptungen Zirkler's über den Besitz-Erwerb und die Consummation des Diebstahles verwechselt werden darf.

2) Im N. Arch. 1848. S. 586 u., 587 oben.

keit, um deren Ausmittelung es sich handelt, ist hier — abgesehen von den obigen Fällen (S. 349—51 ob.) — nicht eine gegenwärtige, sondern eine zukünftige: wo der Dieb einmal die Verfügungs-Gewalt über die Sache mit deren Ergreifung gewonnen hat, da kann es sich nicht mehr um die Ausmittelung davon handeln, ob der Eigenthümer den Besitz noch habe, sondern nur um die hievon sehr verschiedene Frage, ob er ihn wieder zu erlangen vermöge. Auch hiefür bietet das römische Recht eine Analogie, nämlich in

D. XLI. 1. de acquir. rer. dominio l. 5. §. 1.

J. II. 1. de rer. divis. §. 13.

(s. Savigny, Besitz S. 248 unten bis 249 oben, S. 266 unten bis 267 oben).

Gegen die im Bisherigen aufgestellte Ansicht aber kann man sich auch nicht etwa darauf berufen, daß bei beweglichen Sachen die Möglichkeit, „die unmittelbare physische Herrschaft über die Sache nach Willkühr zu reproduciren", Merkmal eines fortbestehenden Besitzes ist. Denn dieses Merkmal hat keineswegs die Bedeutung, als ob überhaupt die Möglichkeit, jene Herrschaft bald wieder zu erlangen, zur Fortdauer des Besitzes genügte; vielmehr ist derselbe unzweifelhaft, auch nach der Ansicht Savigny's, welcher jenes Merkmal aufgestellt hat, durch die entgegengesetzte Einwirkung eines Andern schon dann verloren, wenn von Dessen Seite ein wahres contrarium eingetreten ist, d. h. Derselbe mit dem Willen, wie ein Eigenthümer über die Sache zu verfügen, sich die ausschließliche Möglichkeit hievon — sei es auch nur auf ganz kurze Zeit — verschafft hat. Für diese Fälle, in welchen der Besitz durch jene Einwirkung eines Anderen verloren geht, gelten denn auch durchaus nicht die Sätze, welche in D. XLI. 2. de acquir. v. amitt. possess. l. 3. §. 13, l. 44 ausgesprochen sind.

(S. Savigny, Recht des Besitzes §. 31, S. 396 ff., Wächter im N. Arch. 1840. S. 184—185).

Anders, als in den bisher besprochenen Fällen, verhält es sich nun aber allerdings beim Raube. Hier gilt nach dem Obigen (S. 345) der Besitz als gar nicht verloren, wenn der Besitzer sofort auch nur im Verlaufe des Kampfes (einschließlich der Verfolgung) dem Räuber die Sache wieder abgenommen hat; mithin ist auch so lange die hierauf abzielende Gewalt noch Vertheidigung des Besitzes, eigentliche Nothwehr — ebenso, wie unter allen Umständen bei dem Kampfe um den Besitz von Liegenschaften.

§. 26.

Die Verschiedenheit zwischen der Nothwehr und der bisher, in §§. 22—24 besprochenen Art der Rechtsvertheidigung führt nun, und zwar gemäß dem Wesen der Vertheidigung überhaupt, dahin, daß die Erfordernisse derselben sich verschieden gestalten, je nachdem sie als die eine oder als die andere erscheint. — In der Anerkennung dieser Verschiedenheit liegt namentlich die, wie ich glaube, befriedigende Lösung der bestrittenen Frage, ob die Rechtmäßigkeit der mit einer Verletzung verbundenen Vertheidigung durch die sichere Aussicht auf Wiedererstattung des Entzogenen ausgeschlossen werde.

Allgemeines Erforderniß für jede solche Vertheidigung ist die Unmöglichkeit, den befürchteten rechtswidrigen Erfolg ohne eigenmächtige Verletzung (z. B. namentlich durch Hülfe der Obrigkeit) gefahrlos zu verhindern. Eben dieses Erforderniß aber gestaltet sich im Einzelnen verschieden je nach der Beschaffenheit der Gefahr, um deren Beseitigung es sich handelt.

Diese Gefahr besteht bei einem Angriff auf den Besitz zunächst eben in der Entziehung des Besitzes, und es folgt hieraus, daß man durch Verletzung des Angreifers

den Besitz alsdann, aber auch nur dann schützen darf, wenn man kein anderes Mittel hat, sich den Besitz zu erhalten, insbesondere den Schutz desselben nicht durch obrigkeitliche Hülfe sicher stellen kann. Hier genügt es nicht, daß man bloß die sichere Aussicht habe, den Besitz später durch obrigkeitliche Hülfe wieder zu erlangen. Dieß wäre nicht nur gegen die römischen Quellen (s. ob. S. 296 u. §. 15), welche die Vertheidigung des Besitzes ohne solche Beschränkung gestatten, sondern auch gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze: denn Erhaltung und Wiedererlangung sind zwei ganz verschiedene Dinge, und der Besitz ist, wenn auch an sich nur ein thatsächliches, so doch ein rechtlich geschütztes Verhältniß, dessen ungestörter Bestand nicht nur thatsächlich denselben Werth hat, wie rechtlich das Eigenthum (beziehungsweise sonstige dingliche Recht), sondern auch einen sehr wichtigen Einfluß auf die Erhaltung und Erwerbung der Rechte selbst ausübt.

Anders aber verhält es sich mit rechtswidrigem Handeln gegen solches Eigenthum, das der Eigenthümer nicht besitzt. Hier ist die Gefahr nicht Entziehung des Besitzes — denn was man nicht hat, kann man nicht verlieren —, sondern einerseits Unmöglichkeit, denselben wieder zu erlangen, andererseits Verlust des Eigenthums selbst. Und diese Gefahr bildet auch hier die Grundlage für das angeführte negative Erforderniß der Rechtsvertheidigung. Wenn es möglich ist, diese Gefahr auf andere Weise, namentlich etwa durch obrigkeitliche Hülfe, abzuwenden, so darf der Eigenthümer [oder sonstige Berechtigte] nicht zu eigenmächtiger Verletzung des rechtswidrig Handelnden schreiten.

Es fragt sich nun also für diese letzteren Fälle: worin besteht hier die Abwendung der Gefahr? — offenbar im

Allgemeinen darin, daß die Erhaltung des Eigenthums und die Möglichkeit, dasselbe seiner Zeit wieder auch thatsächlich zu realisiren, sicher gestellt wird: Letzteres geschieht namentlich durch die Sicherung der Möglichkeit, den Besitz wieder zu erlangen. Wir sind also aus dem Grunde der Vertheidigung nicht zur Verletzung eines Solchen befugt, dessen unserem Rechte gefährliche Handlung ebensowohl durch jene gelinderen Mittel verhindert oder unschädlich gemacht werden kann.

Ueberdieß wird häufig, zumal da, wo es sich von vertretbaren Sachen handelt, die sichere Aussicht auf vollständige Entschädigung, sei es auch in anderen Sachen, insbesondere in Gelde, für den Eigenthümer ganz denselben Werth haben, wie die Hoffnung, wieder in den Besitz der eigenen Sache zu gelangen, und hier wird mithin die feste Aussicht auf jene Entschädigung genügen können, um die eigenmächtige Verletzung als Vertheidigungsmittel in den zuletzt genannten Fällen (wo es sich nicht um Erhaltung des Besitzes handelt) entbehrlich zu machen und daher als etwas in der That Rechtswidriges darzustellen.

Ebenso, wie bei der Vertheidigung eines solchen Eigenthums ohne Besitz, verhält es sich bei der oben in §. 23 besprochenen Vertheidigung von Forderungsrechten — was schon oben, gegen Ende jenes §., dargethan worden ist.

Indessen darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, daß jene Aussicht auf Wiedererstattung des Entzogenen oder Entschädigung u. s. w. eine ganz sichere sein muß. Namentlich darf man nicht glauben, daß sie bloß gegenüber von Unbekannten und gerade jetzt Mittellosen ausgeschlossen sei; jeder gegründete Zweifel an der Möglichkeit des Ersatzes läßt die Gefahr für das Recht als vorhanden erscheinen und rechtfertigt also die gewaltsame Vertheidigung — beziehe sich nun jener Zweifel auch nur auf die dereinstige Zahlungsfähig-

keit des Thäters, oder auf die Möglichkeit der Beweisführung gegen ihn (s. Wächter, Handb. des württ. Privatr. Bd. II. S. 407).

§. 27.

Vergleicht man mit dem römischem Rechte der Selbstvertheidigung, so wie dasselbe in den vorstehenden §§. entwickelt worden ist, die entsprechenden Stellen der P.G.O. und dann wieder Dasjenige, was als neuestes Ergebniß der deutschen Rechtsbildung in der heutigen Lehre und Gesetzgebung feststeht; so haben wir hiemit drei scharf hervortretende Punkte, welche die grundsätzlich gleichen Gedanken je nur in verschiedenem Ausdrucke hervortreten lassen und auch äußerlich in genau nachweisbarem geschichtlichem Zusammenhange mit einander stehen. Das römische Recht bildet den wissenschaftlichen Ausgangspunkt; es giebt den Grundsatz sowohl in allgemeiner Fassung als in einzelnen besonderen Anwendungen auf eine Weise, daß hieraus bei bloßer richtiger Schlußfolgerung ein ganzes, alle manigfaltigen Lebens-Erscheinungen umfassendes Netz von Entscheidungen sich ausführen lassen mußte. Die P.G.O. nimmt die richtigen Grundgedanken auf, welche sie übereinstimmend im römischen Rechte und (wenn auch nicht ausnahmelos) in der deutschen Uebung vorfand, spricht sie aber nicht in ihrer Allgemeinheit aus, sondern nur in der Anwendung auf einzelne Fälle, namentlich auf denjenigen, welcher zumal in jener Zeit der Gewaltthat und Wehrhaftigkeit der wichtigste war: Tödtung des Angreifers auf Leib oder Leben. Diese Weise die allgemeinen Lehren darzustellen, ist ja auch sonst unserem Reichsgesetze eigen, und daß in der That der Grundgedanke desselben der nämliche ist, wie der des altdeutschen und römischen Rechtes — volle Rechtmäßigkeit des zur Selbstvertheidigung Nothwendigen — wird auch

durch die Vergleichung mit der älteren und gleichzeitigen Lehre der Wissenschaft bestätigt. Dabei geht nun die P.G.O. gerade bei der Besprechung desjenigen Falles, welchen sie vorzugsweise hervorhebt, weit mehr in's Einzelne, als Dieß die römischen Quellen gethan hatten, und unverkennbar ist hierin der Einfluß, welchen die das römische Recht in's Einzelne ausbildende italienische Wissenschaft auf das deutsche Gesetz geübt hat. Die Schriftsteller und Rechtslehrer nach demselben, und so namentlich die Beiden, deren Werke auf lange hin entschieden haben, Berlich und Carpzov, schloßen sich auch hier, wie im ganzen Strafrechte, ebensowohl an ihre italienischen Vorgänger, als an die P.G.O. an, und so bildete denn der reiche, von den Italienern auf dem Boden des römischen Rechtes bearbeitete Stoff auch für die spätere deutsche Praxis die Grundlage, zumal da er in den leitenden Gedanken sowohl, als in deren meisten Anwendungen auf die einzelnen Fälle mit dem allgemein Vernunftgemäßen und dem Geiste des positiven deutschen Rechtes übereinstimmte. Insbesondere mußte diese Uebereinstimmung der älteren Wissenschaft und Rechtsübung mit den Anforderungen des Vernunftrechtes zur Aufrechterhaltung der bisherigen Ergebnisse auch in der Zeit führen, in welcher, durch S. Böhmer namentlich, das Ansehen Carpzov's und mittelbar auch das der Italiener auf's Tiefste erschüttert war, und man angefangen hatte, die Lücken der P.G.O. aus (wirklichem und vermeintem) philosophischem (Natur-) Rechte auszufüllen. Was im vorigen Jahrhundert Buder auf wolffischem, was später Grolman, Feuerbach u. A. auf kantischem, Berner und Köstlin auf hegel'schem Boden über die Nothwehr gelehrt haben, führt in den einzelnen Entscheidungen der meisten praktischen Fragen im Wesentlichen zu denselben Ergebnissen, welche sich theils in der Glosse, theils bei Bartolus, Angelus, Augustinus und namentlich bei

Clarus finden. Ja sogar die einzelnen irrigen Folgerungen, welche von Neueren aus angeblichen allgemeinen Gründen abgeleitet worden sind, haben schon dort ihre Vorgänge: so findet sich z. B. die Auffassung, welche J. G. Fichte und Luden der Eigenthums-Nothwehr haben zu Theil werden lassen, schon bei dem spanischen Kanonisten Covarruvias; die Ausschließung der Nothwehr für im einzelnen Fall ersetzliche Rechte, die Verwerfung thätlicher Gegenwehr gegen wörtliche und bildliche Ehrenbeleidigungen bei den meisten Italienern schon von der Glosse an.

Auf der neueren Wissenschaft aber fußen dann wieder unsere heutigen Gesetzbücher, und so haben wir denn hier ein organisch zusammenhangendes Ganzes, in dessen geschichtlicher Darstellung die Ansichten der Rechtsgelehrten von der Glosse an ebensowenig übergangen werden sollten, als irgend ein anderes seiner Glieder. Gleichwohl ist Dieß in allen geschichtlichen Arbeiten über die Nothwehr geschehen; namentlich auch Zöpfl und Levita gehen in der Hauptsache nicht über die Schriftsteller des 17ten Jahrhunderts zurück, und sprechen sich sogar in einer Weise aus, aus welcher hervorgeht, daß sie die Ausbildung der Lehre von der Nothwehr der deutschen Wissenschaft nach der P.G.O. zuschreiben und also die Bedeutung der Italiener für diese Lehre gar nicht anerkennen [1]). Auf den richtigen Weg weist dagegen schon von außen Manches hin. Schon längst vor dem Erscheinen jener Arbeiten hatte besonders Geib die Nothwendigkeit, der

---

1) So tritt Levita S. 159. Anm. 1 der Aeußerung Beseler's bei, „man sehe es der gemeinrechtlichen Doctrin" (von der Nothwehr) „an, daß sie in einer Zeit der überwiegenden Polizeilichkeit ihre Ausbildung erhalten habe." Hiemit aber kann nicht das italienische Mittelalter, sondern nur das 17te und 18te Jahrhundert in Deutschland gemeint sein. Zöpfl (im N. Arch. 1842. S. 128 ob.) schreibt das nähere Eingehen in die „Casuistik der Nothwehr" erst der neueren Zeit zu.

italienischen Wissenschaft und Praxis ihr Recht widerfahren zu lassen, überzeugend im Allgemeinen geltend gemacht [1]), und gerade in unserer Lehre mußten schon kulturhistorische Gründe [2]) es als wahrscheinlich erscheinen lassen, daß die Italiener sich eingehend mit ihr beschäftigt haben. Die Nichtbeachtung dieses wesentlichen Stückes in der Geschichte der Nothwehr steht zumal bei Zöpfl in offenem Widerspruche mit seinen eigenen, weit ausholenden Vorbemerkungen über den Werth geschichtlicher Behandlung (S. 120 ff.); denn gerade den Erfordernissen dieser Behandlung ist hier keineswegs vollständig genügt, und es hat Dieß sogar zu einem Verstoße geführt, welchen selbst ohne Beachtung der Glosse und der Italiener ein Blick auf die römischen Quellen (l. 52. §. 1. ad leg. Aquil. IX. 2.) hätte aufdecken müßen (S. 318, s. u. §. 45). Indem aber Zöpfl seinem Lobe der geschichtlichen Betrachtungsweise einen höhnischen Ausfall auf die Rechtsphilosophie beifügt, hat er gerade hiezu sich den Anlaß so ungünstig als möglich gewählt. Denn wenn irgendwo, so ist in der Lehre von der Nothwehr die Rechtsphilosophie an ihrem Platze; haben doch — worauf wieder schon eine vollständige geschichtliche Betrachtungsweise führt — bereits die Römer, zum Theil auch die mittelalterlichen Italiener hier ganz richtig philosophirt! Und überhaupt: wer auch sonst wissenschaftliche Ableitung und Begründung aus dem vernunftmäßig erkannten Wesen des Rechtes nirgends gelten lassen wollte, der muß sie doch gewiß in unserer Lehre anerkennen, in welcher der Begriff des Rechtes vermöge der einfachsten und sichersten Schlüsse auf Dasjenige führt, was in der

1) Im N. Arch. 1840. S. 98. Anm. 9, 1837. S. 565; vergl. auch das. 1836. S. 201.

2) Siehe unten §. 35, wo ich diese allgemeinen Gründe anführen werde.

Hauptsache auch von den positiven Gesetzen anerkannt ist. Wer auch nur zugiebt, daß das Recht die vernünftige und nothwendige Anordnung der menschlichen Lebensverhältnisse enthält, der muß, gemäß der hiemit anerkannten Nothwendigkeit seiner äußeren Geltung, auch die nothwendigen Mittel seiner äußeren Aufrechterhaltung, also unter den ob. oft genannten Voraussetzungen namentlich auch die Rechtsvertheidigung des Einzelnen und was zu ihr gehört, als rechtmäßig anerkennen; hiemit aber haben wir den Grundgedanken, von welchem aus sich eine ganze philosophische Lehre von der Selbstvertheidigung, unabhängig von allen positiven Gesetzen, in's Einzelne hinein entwickeln läßt.

Allein eben die Einfachheit und Unbestreitbarkeit des Grundsatzes und der Schlüsse, welche auf diese Entwicklung führen, haben von selbst schon im positiven Rechte und bei dessen Bearbeitern die richtigen Ansichten hervorgerufen, und so haben wir denn hier eine Lehre, in welcher, wie nicht in vielen anderen, die verschiedenen Entwicklungsstufen unseres positiven Rechtes unter sich und mit dem vernunftmäßig Richtigen übereinstimmen.

Daher kann auch eine geschichtliche Darstellung unserer Lehre ihren Gegenstand nur darin haben, zu zeigen, in welcher Weise die überall gleichen Grundgedanken in den verschiedenen Zeiten zum bestimmten Bewußtsein und Ausdrucke gekommen und auf die verschiedenen einzelnen Fragen der Wissenschaft und Rechtsübung angewandt worden sind.

§. 28.

Das am Ende des vorigen §. Gesagte gilt denn nun ganz vorzugsweise von den romanistischen Rechtslehrern des italienischen Mittelalters. Ihnen gehört der wissenschaftliche und praktische Aus-

bau der Lehre von der Nothwehr in der Hauptsache an; sie haben auf der (auch philosophisch richtigen) römischen Grundlage diese Lehre zu einer Entwicklung gebracht, welche die ganze Manigfaltigkeit der im Leben vorkommenden Fälle und Fragen in sich schloß. Daneben aber haben sie zugleich für uns eine nicht gering anzuschlagende Bedeutung dadurch, daß sie mittelbar auch über das germanische Recht Aufschlüsse geben, durch welche die oben in §. 2 ff. ausgeführte Ansicht eine erhebliche Bestätigung erhält.

Deßhalb sind gerade diese Schriftsteller, die von Zöpfl und Levita fast ganz übergangen wurden, in der Geschichte der wissenschaftlichen Ansichten hier das wichtigste Glied, dessen Beachtung namentlich auch zum inneren Verständniß der P.G.O. nothwendig ist. Ich habe es aus diesen Gründen für der Mühe werth gehalten, mir aus den einschlägigen Stellen der Glossen und nachstehender weiterer Bücher einen vollständigen Ueberblick zu verschaffen:

1) aus dem 13ten Jahrhundert:

a) exegetische Vorlesungen.

α) Odofredus, in secundam Codicis partem praelectiones („quae lecturae appellantur"). Ausg.: Lugduni 1550. fol.

β) Jacobus de Arena, commentarii in universum jus civile. 1541. fol. (Lugduni).

b) Albertus de Gandino, tractatus de maleficiis (prakt. Schrift über Strafrecht und Proceß). Alte Ausg. o. Ort und Jahr in Octav.

2) aus dem vierzehnten Jahrh.

a) Commentare und exegetische Vorlesuugen.

α) Albericus de Rosciate, lectura super prima parte ff. veteris. Lugduni 1534. fol.

β) Bartolus, in universum jus civile commentaria (Ausg. von Concenatius, Basileae 1562. fol.) und in Codicem . . . . commentaria (Basileä 1588. fol.).

γ) Baldus, commentaria in Digesta (Lugduni 1558 f.) und in libros . . . . Codicis (Lugduni 1543 f.).

δ) Angelus de Perusio, sup. Codice (Lugd. 1522 f.)

b) Praktische Schriften.

α) Die „aurea“ practica criminalis von Jacobus de Belvisio („de bello visu“). Ausg. Coloniae 1580. 8.

β) Einzelne Consilien von Baldus (Ausg. Lugd. 1543 f.).

3) Aus dem fünfzehnten Jahrhundert.

a) Commentare zu den Rechtsquellen und Vorlesungen:

α) Raphael Fulgosius, commentar. in Iam Pandectarum partem, tom. I. (Lugduni 1544. fol.).

β) Florianus de S. Petro, in primam et secundam ff. veteris partem . . . . commentaria (Bononiae 1576. fol.).

γ) Paulus de Castro, commentar. sup. Ia et IIa Dig. veteris parte (Mediolani 1506. fol.).

δ) Claude de Seyssel (Claud. de Seyssello), commentar. in VI. ffor. partes etc. (Venetiis 1535. fol.).

b) Praktische Schriften über Strafrecht und -Proceß.

α) Systeme mit vorwiegend praktischer Richtung (ebenso, wie die ob. 1. b., 2. b. α. genannten):

aa) Angelus Aretinus, tractatus de maleficiis, mit den Zusätzen des Augustinus Ariminensis. Vom Vertheidigungsrechte handeln Beide ausführlich unter der Rubrik: „Et dictus Titius se defendendo.“ Die von mir benützte Ausg. ist sehr alt, übrigens ohne Angabe des Ortes und Jahres. Das Format ist Octav.

bb) Bonifacius de Vitalinis, opus super maleficiis (Venetiis 1505. fol.).

β) Rechtsgutachten, consilia

aa) von Paulus de Castro (Ausgabe: Venetiis 1571. fol.).

bb) von Philippus Decius („consilia et responsa", Francof. ad Moen. 1588. fol.).

cc) von Alexander Tartagnus (genannt de Imola). Ausg.: Lugduni 1556. fol.

dd) von Cäpolla („consilia", Mediolani 1503. fol.).

4) Aus dem sechszehnten Jahrhundert folgende Werke über Strafrecht und =Proceß:

a) Hippolytus de Marsiliis, practica (Kölner Ausg. von 1581. 8.).

b) *Julius Clarus*, receptarum sententiarum lib. V. (§. Homicidium) in der Frankfurter Ausg. der rec. sententiae von 1620. fol.

c) Aegidius Bossius, tractatus varii (Venetiis 1565. 4.).

d) Prosper Farinacius, praxis et theorica criminalis. (Ausg. Frankf. 1610. fol.).

e) Tiberius Decianus, tractatus criminalis (Ausg.: Frkf. 1613. fol.).

Unter den Kanonisten habe ich namentlich Innocentius IV. (apparatus sup. I., II., III., IV. et V. decretalium libris, Lugduni fol. o. Jahreszahl) und Covarruvias (bes. relectio .... Clementinae si furiosus, Lugduni 1558) benützt.

§. 29.

Die Römer hatten die Befugniß der Selbstvertheidigung in zahlreichen Aussprüchen mit einem Nachdrucke, wie keinen anderen Rechtsatz, auf das jus naturale oder gentium, und zwar auf dasselbe gerade auch im Sinne eines Vernunftrechtes, gestützt. Der nämliche Gedanke ist im kanonischen Rechte wiederholt (X. V. 12. de homicid. cap. 18 und in 6to V. 11. de sentent. excommunic. cap. 6) und wird auch von den

italienischen Rechtslehrern des Mittelalters immer wieder auf's Neue ausgesprochen. Freilich kommen bei den Letzteren da und dort Mißverständnisse in seiner Auffassung und Anwendung vor. Manche von ihnen befinden sich nämlich sichtlich in Verlegenheit mit der Unterscheidung zwischen jus gentium und naturale, welchem letzteren sie irrthümlich wissenschaftliche Bedeutung als eines den Thieren und Menschen gemeinsamen wirklichen Rechtes beilegen.

Die Glosse zwar hat insoferne die richtige Ansicht, als sie die rechtmäßige „defensio" der Menschen lediglich auf das jus gentium stützt (Gl. zu l. 4. D. ad leg. Aquil., IX. 2); dabei deutet sie nur an, daß eine Unterscheidung, welche dem bei Menschen Geltenden ähnlich sei, nach l. 1. §. 11. D. Si quadrupes (IX. 1) auch bei Thieren vorkomme. Daß die Glossatoren schon den Fall der letzteren Stelle nicht zur Nothwehr gerechnet haben, geht auch aus der Gl. zu l. 3. D. de J. et J. (I. 1) hervor. Dasselbe gilt von Bartolus, welcher hierin von manchen seiner Nachfolger sichtlich mißverstanden worden ist; ferner von Fulgosius, Balduinus und in der Hauptsache auch von P. de Castro. Sie unterscheiden das defendere, propulsare überhaupt vom propulsare *cum moderamine inculpatae tutelae* und verstehen unter dem Letzteren die eigentliche, rechtmäßige Vertheidigung, insbesondere die Nothwehr, unter dem Ersteren aber jede durch einen rechtswidrigen Angriff veranlaßte sofortige Gewalt des Angegriffenen. P. de Castro beruft sich hiefür sogar auf den Satz des „Philosophus", d. h. Aristoteles [1]), daß überhaupt

---

1) Unter dem „Philosophus" schlechthin verstehen die Scholastiker überhaupt bekanntlich den Aristoteles. So z. B. auch Albericus, commentar. zur cst. Omnem, Super rubrica nr. 5, §. Discipuli igitur Nr. 10; und zu l. 1. §. 11. D. Si quadrupes (IX. 1). — Zwar sagt Fulgosius, commentar. zu l. 7. D. de J. et J.: „si dicimus Philosophus, intelligimus

jede Thätigkeits-Aeußerung einen Widerstand des leidenden Individuums und hiemit ein (relatives) gleichzeitiges Leiden desjenigen hervorrufe, von welchem die Thätigkeit ausgegangen sei. „Durch menschliche Festsetzung aber" — fügt de Castro bei — „sei die Befugniß zu solcher Gegenwirkung („defensio") unter den Menschen auf die Fälle und Gränzen Desjenigen beschränkt, was zur Vertheidigung nothwendig erfordert werde" (auf Ausübung „cum moder. inculp. tut." und „quando aliter resisti non potest"). Einfacher spricht Fulgosius zu der angef. l. 3; derselbe rechnet die Vertheidigungsbefugniß zum jus gentium u. A. aus dem Grunde, daß der Gebannte, der doch vom „jus naturale" nicht ausgeschlossen sei, nicht zur Nothwehr berechtigt sei — während dagegen Manche, namentlich Baldus und Clarus, gerade umgekehrt so schloßen: weil die Vertheidigungs-Befugniß dem jus naturale angehöre, könne sie dem Gebannten (auch durch ein Statut) nicht entzogen werden. Viele zählten nämlich die eigentliche Vertheidigung, insbesondere die Nothwehr, theils wegen des §. Cum arietes (D. IX. 1. Si quadrupes l. 1. §. 11), theils weil ihre Wurzel der Selbsterhaltungstrieb sei, zu dem ulpianischen jus naturale, „quod natura omnia animalia docuit." So auch Bonifac. de Vitalinis, Florianus, Albericus de Rosciate, Hippolytus de Marsiliis [1]).

Durch eine eigenthümliche Unterscheidung glaubt Claudius de Seyssello in theilweisem Anschluß an Bartolus die ver-

---

de Platone, qui primus et origo fuit philosophorum"; allein diese offenbar dem §. 2. J. de J. N., G. et C. (I. 2) nachgebildete Aeußerung bezeichnet in der That nicht den regelmäßigen Sprachgebrauch der mittelalterlichen Schriftsteller.

1) Bonifacius, Rubr. De damno dato §. Alia ratio (Blatt 40b); Hippolytus §. Quoniam Nr. 76; Albericus zu l. 3. D. de J. et J. (I. 1.) im pr. und in Nr. 3, zu l. 1. §. 11. Si quadrupes und zu l. 3. ad leg. Aquil.; Florianus zu l. 1. §. 11. Si quadrupes Nr. 1—2.

meintlichen Gegensätze der Quellenstellen (l. 3. D. de J. et J. einerseits, und l. 1. §. 11. Si quadrupes andererseits) zu lösen — wobei auch er den Begriff defensio überhaupt („in genere“) nicht als gleichbedeutend mit der bloßen, eigentlichen Vertheidigung, (def. cum moder. inculp. tut.), sondern in der ob. angegebenen weiteren Bedeutung nimmt (comm., zu l. 3 cit.)

Einstimmig aber waren Alle darin, daß die Rechtsvertheidigung — und zwar mit Einschluß des ob. in §. 23 besprochenen und ähnlicher Fälle — als rechtmäßig anerkannt werden müße. Die Bedingung, welche sie beifügen — „wenn und soweit die defensio zur Abwendung der Gefahr unerläßlich sei“ — liegt eigentlich schon in dem Begriffe einer wahren und bloßen Vertheidigung, also auch in dem defendere der Römer, indem dieselben dieses Wort in der richtigen, scharf gedachten Bedeutung gebrauchten. W i r k l i c h e V e r t h e i d i g u n g eines Rechtes ist eben nur die zu seiner Erhaltung n o t h w e n d i g e Gewalt: was über dieses Maaß hinausgeht, fällt i n s o w e i t nicht mehr unter jenen Begriff. Im Mittelalter aber findet sich dieser Sprachgebrauch, welcher sich eben nur auf stete s c h a r f e Auffassung des richtigen Begriffes von defendere gründen konnte, an den meisten Stellen nicht mehr. Wo die italienischen Schriftsteller genau reden wollen, erklären sie nicht die defensio ü b e r h a u p t, sondern nur die defensio cum moderamine inculp. tut. für rechtmäßig und straflos, also nur diejenige defensio, welche w i r k l i c h e Vertheidigung (insbesondere Nothwehr) ist. Diese bei allen jenen Schriftstellern gleichmäßig wiederkehrende Unterscheidung zwischen defensio schlechthin und defensio c. mod. inc. tut. [1]) setzt offenbar voraus, daß das erstere Wort, wo es

1) S. z. B. J a c o b u s d e b e l l o v i s u l. 11. Nr. 9. A n g e l u s A r e t i n u s, Et dictus Titius se defendendo Nr. 1. und 7., F l o r i a n u s zu D. IX. 2. l. 52. §. 1. Nr. 3., H i p p o l y t u s §. Quoniam nr. 63. —

ohne diesen Beisatz erscheint, gewöhnlich in einem weiteren Sinne, als dem der bloßen Vertheidigung (insbesondere Nothwehr) gebraucht wurde, so daß es diese letztere als eine Art von defensio in sich schloß. Jener weitere Sinn nun, in welchem die defensio nicht rechtmäßig ist, kann nur darin liegen, daß in der gewöhnlichen, minder genauen Redeweise jeder sofortige Gegenangriff, welcher auf einen widerrechtlichen Angriff hin erfolgt, jede sofortige Erwiderung eines solchen, defensio genannt wurde.

Dieser aus den Italienern nachzuweisende Sinn des defendere im mittelalterlichen Sprachgebrauche wirft nun zugleich ein neues, überraschendes Licht auf die ob. S. 196—197 besprochenen Stellen germanischer Rechtsbücher und bestätigt hiedurch die oben aufgestellte Ansicht über das alt-germanische Recht. Denn wie diese letzteren Stellen, so gebrauchen auch die Italiener die Worte „defensio“, „se defendere“ (deßgleichen „repellere“, propulsare“) ganz unzweifelhaft da, wo sie Handlungen bezeichnen wollen, welche sie selbst als Ueberschreitungen der Nothwehr ansehen. Am Bestimmtesten geschieht Dieß von dem gerade auch im Ausdrucke vergleichungsweise ausgezeichneten Criminalisten Jul. Clarus, welcher, obwohl er dem 16. Jahrhundert angehört, dennoch in Bezug auf den Sprachgebrauch des Mittelalters vermöge des inneren Zusammenhanges zwischen ihm und seinen Vorgängern als unverwerflicher Zeuge betrachtet werden kann[1]).

Ganz bestimmt unterscheidet Clarus §. Homicidium nr. 33, 34. die defensio schlechthin und die necessaria defensio; deßgleichen Innocentius IV. die inevitabilis von der evitabilis (zu X. V. 14. de clericis pugnantibus cap. 2. [Henricus], V. 12. de homicidio cap. 12. [Ad audientiam]. An manchen anderen Stellen freilich bezeichnet defensio die wahre, maaßhaltende Vertheidigung — nämlich an solchen, wo diese Bedeutung durch den Gegensatz („vindicta“, „ultio“) genügend bezeichnet ist.

1) Nr. 30: „Et nota hoc in proposito, quod ille qui percutit

Aeltere waren sogar so weit gegangen, jede solche Verletzung, mit welcher ein thätlicher Angriff, oder doch jede, mit der eine Wunde sofort vergolten wurde, als rechtmäßige defensio (im Gegensatze zur strafbaren ultio oder vindicta) zu behandeln: also selbst in dem Falle, daß der zuerst Angegriffene keine Wiederholung des Angriffes zu besorgen hatte [1]). Dieß war nun freilich, obwohl es von Gandinus und Albericus auch auf Stellen der Pandekten und des Codex [2]) gestützt

---

clericum *se defendendo*, non incidit in excommunicationem, etiamsi in defendendo modum excedat, dummodo id ex proposito non faciat." — Nr. 34: „Scias tamen, quod talis defensio, propter quam quis, juxta praedicta, excusatur ab homicidio, debet esse facta cum moderamine inculpatae tutelae . . . . alias autem si aggressus" (passivisch gebraucht, wie von allen damaligen Juristen) „excedat modum in se defendendo, utique erit puniendus . . . . Sic etiam, si post sedatam rixam, vulneratus ex intervallo insultum faciat in vulnerantem, non videtur id fecisse *causa defensionis*, sed vindictae. Sed in omnem casum occidens aggressorem, *se defendendo*, nunquam tenetur de occiso... Sed debet mitius, quam capitali poena, puniri." Clarus unterscheidet also die bloß „se defendendo" geschehene Handlung von derjenigen, welche auch „causa defensionis" verübt ist; erstere ist Gegenwehr überhaupt, letztere ist Nothwehr. Denselben weiteren Sinn kann das se defendendo auch bei Innocentius IV. zu cap. 18. X. de homicidio a. E. haben; doch liegt es wohl näher, diese Worte hier auf Nothwehr (im Gegensatze zu der im Texte des Decretale's genannten Ueberschreitung) zu beziehen. Hiefür sprechen die oben S. 367 in der ersten Anm. a. E. genannten Stellen desselben Kanonisten, sowie seine Bemerkung zu cap. 7. (Presbyterum) X. V. 12. de homicidio, insbesondere die wiederholte Verweisung auf den can. Si quis viduam (Distinctio L. can. 8.), wo die offenbar unrichtige Lesart „defensione" (statt assensione) vorausgesetzt ist.

1) Gandinus Tit. de defensionibus a reo faciendis Nr. 10, 11, vergl. mit Tit. de poenis reorum Nr. 60. Bonifacius Rubr. de insultu §. Idem dico, si post percussionem (Bl. 7. b.), und — unter Berufung auf den Erstgenannten — Albericus zu l. 3. de J. et J. Nr. 7. und zu l. 1. §. 11. Si quadrupes.

2) Nämlich auf die in der That nur von Nothwehr handelnde l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil., auf die bloß von den Erfordernissen der actio de pauperie redende l. 1. §. 11. si quadrupes und auf den Tit. Cod.

wurde, ebensowenig dem römischen Rechte, als dem Begriffe eigentlicher Vertheidigung gemäß — weßhalb denn auch alle Späteren hier grundsätzlich nicht Straflosigkeit angenommen wissen wollten. Die ganze Wurzel jener Ansicht war vielmehr offenbar eine andere, welche auch von Gandinus in erster Linie als solche genannt wird: nämlich das germanische Recht, dessen umfassende Selbsthülfe gegen den Friedebrecher sich hier für gewisse Fälle in der italienischen Rechts-Uebung erhalten hatte. Auf dasselbe praktische Ergebniß, wie Gandinus und Albericus, kamen, wenigstens für die wichtigsten Fälle, auch Diejenigen, welche im Grundsatze keineswegs mit ihnen übereinstimmten: denn allgemein stellte man über den Beweis der Nothwehr solche Sätze, namentlich Vermuthungen, auf, welche dahin führen mußten, daß die Tödtung oder Verwundung des auctor rixae wenigstens dann, wenn derselbe sich einer Waffe bedient hatte, straflos bleiben mußte (s. unten §. 43). Dieß stimmt im Erfolge mit der germanischen Regel (s. ob. §. 3 ff.) überein, und wir werden wohl annehmen können, daß zu diesem praktischen Ergebniß, wenn gleich unbewußt, germanische Vorstellungen noch mit beigetragen haben.

§. 30.

Die Quellen, auf welchen das im vorigen §. angedeutete Fortwirken germanischen Rechtes in Italien beruhte, waren die langobardischen Volksrechte (die Edicte der Könige Rotharis und Luitprand) und die denselben angereihten karolingischen Gesetze (capitularia legibus Longobardorum addita) — beide zusammen seit dem Ende des elften Jahrhunderts in einer

---

III. 27. quando liceat unicuique, welcher theils singuläre Bestimmungen enthält, theils wieder das Vertheidigungsrecht im Auge hat (s. ob. S. 294. Anm. 1).

systematischen Sammlung, der Lombarda [1]), vereinigt. Diese Gesetze enthalten folgende — mit einer einzigen Ausnahme schon oben angeführte — Stellen, welche für unsere Lehre Bedeutung haben:

Edictum Rotharis cap. 285 (s. ob. S. 183, 188), in der Lombarda I. 17. l. 3; *Ed. Roth. cap.* 32 (ob. S. 185), in der Lombarda I. 24. l. 1; *cap.* 189 (ob. S. 189), Lomb. I. 31. l. 1; *cap.* 222 (ob. S. 189), Lomb. II. 9. l. 2; *cap.* 269 (ob. S. 190), Lomb. I. 25. l. 13; sodann aus den Gesetzen Luitprands IV. cap. 20. (ob. S. 196 f., Lombarda I. 9. l. 19), IV. cap. 60 und VI. cap. 141, Lomb. I. 17. l. 5; endlich Kapitulare Ludwigs des Frommen von 817. cap. 1, (ob. S. 196 f.) Lomb. I. 9. l. 29; Ludwig's und Lothar's von 829, Nr. I. der capitula quae pro lege habenda sunt, Lomb. I. 9. l. 35. (gleichfalls oben S. 196 f.).

In diesen Gesetzen war, wie in den anderen gleichzeitigen Rechtsquellen der deutschen Stämme, die Rechtmäßigkeit der Selbsthülfe in einem Umfange anerkannt, in welchem sie nicht bloß die Vertheidigung und insbesondere die Nothwehr, sondern in gewissen Fällen auch sofortige Rache an dem betretenen Verbrecher in sich schloß. Insbesondere war es, wie noch die alten Commentatoren der Lombarda, Ariprand und Albertus [2]) und später der Criminalist Gandinus anerkennen, unbedingt gestattet, Denjenigen sofort zu tödten, welcher durch

---

1) Merkel, Geschichte des Langobardenrechts S. 22, 23; Anschütz, Lombarda-Commentare (1855) S. XIX.

2) Levita hat das Verdienst, durch Anführung der hierher gehörigen Stellen aus diesen Commentaren, welche erst in neuester Zeit (von Anschütz) herausgegeben worden sind, die Geschichte unserer Lehre mit einem sehr beachtenswerthen Beitrage bereichert zu haben. Der Titel jener Ausgabe ist: „die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus . . . . . . nach den Handschriften zum erstenmale herausgegeben von Dr. August Anschütz . . . . . Heidelberg, Mohr 1855.“

rechtswidrigen Angriff zu einem Kampfe Anlaß gab (den auctor rixae [1]). Dieß stützt Ariprand, welcher sich selbst hier in der dritten Person (wie gewöhnlich) und mit dem Namen Eriprand [2]) bezeichnet, auf Lomb. I. 9. de homicidiis liber. hom. l. 29. („Si quis ex levi causa“), d. h. das angef. Kap. v. 817. cap. 1, ferner auf Lomb. I. 17. de aggressione in vico facta l. 3. (Ed. Roth. 285) und l. 5. (leges Luitpr. VI. cap. 141). Gandinus begnügt sich hier neben einigen römischen Stellen mit der erstgenannten, und stellt die beiden anderen unter den innerlich verwandten, aber äußerlich in seiner Darstellung getrennten Gesichtspunkt der defensio cum moderamine inculpatae tutelae. Das ungleich wichtigere, gleichfalls oben angeführte Kapitulare von 829 wird von Beiden nicht genannt, liegt dagegen der Darstellung im Commentare des Albertus sichtlich mit zu Grunde.

Schon die Rechtmäßigkeit der Tödtung in dem so eben genannten Falle weist nun darauf hin, daß die Nothwehr auch nach dem langobardischen Rechte und nach der Ansicht der genannten Schriftsteller vollkommen bußlos gewesen sein muß, wie denn Dieß Gandinus nicht bloß nach römischem, sondern ausdrücklich auch nach langobardischem Rechte be-

1) Rixa bedeutet hier, wie schon bei den Römern (s. z. B. D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 52. §. 1, XLVIII. 8. ad leg. Cornel. l. 1. §. 3, l. 17) und bei allen italienischen Schriftstellern des Mittelalters den thätlichen Kampf selbst. Gerade umgekehrt setzen Neuere, z. B. Böhmer ad CCC. Art. 140. Nr. l. und Köstlin System S. 86. litt. cc, den auctor rixae (in der Bedeutung Desjenigen, welcher den bloßen Wortstreit beginnt) dem auctor pugnae entgegen. Die Nichtbeachtung des ersteren Sprachgebrauches ist eine neue Ursache für die irrige Auffassung germanischer Quellenstellen geworden — wie denn selbst Köstlin S. 78. Anm. 10 sich mindestens nicht bestimmt genug ausdrückt.

2) Anschütz a. a. O. S. XIX. Dieß hat Levita anzumerken unterlassen, und in Folge dessen wird die von ihm S. 94. Anm. 16 abgedruckte Stelle wohl den meisten Lesern nicht ganz verständlich sein.

hauptet [1]). Bei der Bildungsstufe nämlich, auf welcher sich das germanische Recht damals überhaupt befand, genügt zu jener Annahme vollständig schon der Umstand, daß die gewöhnlichen, einfacheren Fälle der Nothwehr als straflos bezeichnet waren, und in der That sind Dieß diejenigen, bei welchen der erste Angreifer die Verletzung davon trägt. Dieselben bilden eine so sehr überwiegende Mehrzahl, daß ein minder ausgebildetes Recht die anderen, ohne ihre Straflosigkeit läugnen zu wollen, ganz wohl außer Acht lassen konnte. Denn es bleiben, was die Nothwehr gegen Angriffe auf Leib oder Leben betrifft, nur die gewiß verhältnißmäßig seltenen Fälle übrig, daß der erste Angreifer hinterher durch eine Ueberschreitung der Nothwehr Seitens seines Gegners u. s. w. selbst zur Nothwehr berechtigt wird [2]). Die große Seltenheit der letzteren und die Richtigkeit des Satzes, daß sie von einer noch minder ausgebildeten Gesetzgebung und Wissenschaft recht wohl, des Grundsatzes unbeschadet, übergangen werden konnten, zeigt sich namentlich auch darin, daß solche Fälle nicht einmal von den italienischen Praktikern, welche doch mit

---

1) Er beruft sich hiefür auf *Lomb.* de aggress. in vico l. 3 und 5 (Ed. Rotharis cap. 285 und leg. Luitpr. VI. 141). Indem Aripränd diese in der That von der wahren Selbstvertheidigung handelnden Stellen unter den anderen, ob. im Texte genannten Gesichtspunkt stellt, folgt er ganz dem Zuge des germanischen Rechtes, die Rechtmäßigkeit der Selbstvertheidigung aus der Befugniß zur Tödtung des Friedebrechers herauszubilden. Gandinus dagegen hält sich an den fertigen Begriff des römischen Rechtes, und dieses hatte, was die Nothwehr gegen Angriffe auf Leib und Leben betrifft, jene Entwicklungsstufe, die wir bei den Germanen noch vor uns haben, schon vor dem Beginne seiner Geschichte überwunden.

2) Dieß folgt aus dem Wesen der Nothwehr; vergl. z. B. Köstlin's System S. 86 zu Anm. 3, Böhmer, meditat. ad C. C. C. Art. 140. Nr. I.

einer sehr großen Menge vorgekommener Nothwehr-Fälle zu thun hatten, erwähnt werden.

Indem also mehrere der oben angeführten Gesetze die Tödtung des auctor rixae gestatten, einige aber, ohne von diesem Falle ausdrücklich zu reden, die Tödtung „se defendendo“ mit Strafe bedrohen, steht so Viel fest, daß mit den letzteren Fällen die der rechten Nothwehr nicht gemeint sein können, daß also in Beziehung auf die Nothwehr ein Widerstreit zwischen jenen Gesetzen gar nicht besteht. Die gegentheilige Meinung ist nur daraus entstanden, daß man das se defendere, gegen den Sprachgebrauch des Mittelalters, zu beschränkt, nur als Bezeichnung der Nothwehr auffaßte, von der es doch bloß das „Wehren“, nicht aber die „Noth“ in sich enthält. Nun ist aber schon oben dargethan worden, daß im Sinne des Mittelalters das „se defendere“ in der That ein weiterer Begriff ist, und diese Behauptung wird überdieß noch durch Dasjenige bestätigt, was Accursius zu l. 45. §. 4. D. IX. 2. ad leg. Aquil. unter Berufung auf Stellen der lateinischen Bibel-Uebersetzung über vorkommenden Wechsel zwischen den Worten „defendere“ und „ulcisci“ bemerkt.

Wir können also recht wohl annehmen, daß das defendere auch in den langobardischen Gesetzen ebenso, wie bei den späteren, italienischen Schriftstellern (s. den vorigen §.) in einem weiteren Sinne alle durch einen rechtswidrigen Angriff hervorgerufene sofortige Gewalt des Angegriffenen gegen den Angreifer bezeichnet. Diese Gewalt nun ist nach den langobardischen Gesetzen nicht überall straflos, sondern nur in gewissen Fällen aus besonderen Gründen. Zu diesen besonderen Fällen aber gehört die sofortige Verletzung des Friedebrechers im alt-germanischen Sinne jedenfalls bei thätlichen Angriffen auf die Person, also die Tödtung oder Verwundung des

auctor rixae. Da die Rechtmäßigkeit dieser Handlung nach dem ganzen Geiste des germanischen Rechtes feststand und überdieß durch eine Reihe der oben angeführten Gesetze noch ausdrücklich anerkannt war, so galt sie für jenen besonderen Fall (es wäre nicht einmal ganz genau, zu sagen: „als Ausnahme") neben der Regel, welche sich eben nur auf rechtswidrige Tödtungen bezog — mochten dieselben auch gleich se defendendo im weiteren Sinne geschehen sein. Es liegt nun im Wesen eines solchen Verhältnisses zwischen zwei gesetzlichen Bestimmungen, daß eine Aufhebung der Ausnahme keineswegs schon alsdann anzunehmen ist, wenn an einzelnen Stellen einfach die Regel ohne Erwähnung der Ausnahme wiederholt wird — und am Allerwenigsten in einem solchen Falle, in welchem, wie im unserigen, das angeblich aufhebende Gesetz, ohne eine Abänderung in dem betreffenden Punkte auch nur anzudeuten, auf das frühere einfach verweist, welches neben der Regel der Strafbarkeit auch den besonderen Fall und die abweichende Bestimmung über denselben enthält, oder umgekehrt ein drittes, abermals späteres Gesetz, welches auf die so eben bemerkte Weise alle Fälle vollständig bespricht, auf das der Zwischenzeit angehörige, nur die Regel erwähnende Gesetz mit solchen Worten verweist, welche nicht eine Abänderung, sondern im Gegentheile eine Bestätigung des Inhaltes in der betreffenden Beziehung ausdrücken. Ersteres aber ist in den Gesetzen K. Luitprands IV. cap. 20, Letzteres in dem angef. Kapitulare von 829 (im Verhältnisse zu dem von 817) geschehen. Die ältesten hier zur Sprache kommenden Gesetze, die des Langobardenkönigs Rotharis, hatten an den oben angef. Stellen eine noch sehr weit gehende Selbsthülfe gegen den Verbrecher, und jedenfalls in Kap. 285 die Selbstvertheidigung grundsätzlich und in allgemeinstem Ausdrucke anerkannkt. Ebenso erklärt Luitprand VI. 141 die Nothwehr —

wenn auch nur in der Anwendung auf einen einzelnen Fall — für rechtmäßig: wenn nun derselbe König an einer anderen Stelle — IV. 20. — über die Tödtung se defendendo ausdrücklich auf die früheren Gesetze, die des Rotharis, verweist, so ist doch wohl, da se defendendo keineswegs nothwendig die wirkliche, maaßhaltende Selbstvertheidigung bezeichnet, die bloße Nicht-erwähnung der letzteren so auszulegen, daß neben den alten Strafen auch die alten Fälle der Straflosigkeit fortbestehen sollten. Die Tödtung „se defendendo" war die im offenen Waffenstreit überhaupt verübte [1]); als ihre Strafe nennt Luitprand im 62sten Kap. (dem neunten des sechsten Buches), die Composition im Betrage von 150, beziehungsweise 200 oder 300 Schillingen je nach dem Stande des Entleibten: aber Dieß war natürlich nur für die überhaupt strafbaren Fälle gemeint und schloß die Straflosigkeit der rechtmäßigen Tödtungen, also insbesondere der Nothwehr gegen widerrechtliche Angriffe, nicht aus.

Auch die angeführten Kapitularien von 817 und 829 enthalten keineswegs einen Widerstreit unter sich in Bezug auf den Umfang der rechtmäßigen Tödtung. Denn das letztere verweist schon an seinem Eingange auf die in dem ersteren aufgestellten Grundsätze als fortbestehende („de homicidiis in ecclesiis vel in atriis eorum commissis, hoc observetur et

---

1) Vergl. Wilda, Strafr. der Germanen S. 705. Anm. 1, S. 560—566, S. 714. Anm. 2, in Verbindung mit dem ob. S. 196 ff. Bemerkten. An der letzteren Stelle ist u. A. angedeutet worden, wie die Worte „se defendendo" den von mir behaupteten Sinn selbst alsdann haben können, wenn man defendere streng wörtlich für gleichbedeutend mit „Vertheidigen" in unserem heutigen Sinne nimmt. Uebrigens wird selbst das Wort „vertheidigen" h. z. T. bisweilen, nur nicht in der Schriftsprache, in dem weiteren Sinne von „kämpfen" gebraucht; so heißt wenigstens beim württembergischen Militär „sich mit Jemanden vertheidigen" s. v. a. mit ihm (= gegen ihn) kämpfen.

teneatur, sicut in priori capitulari constitutum est"). Für den Fall, daß die Tödtung von einem Sklaven verübt ist, wird sogar ausdrücklich und wörtlich dieselbe Bestimmung in beiden Kapitularien gegeben: „habe der Sklave se defendendo gehandelt, ohne den Kampf begonnen zu haben („auctor rixae" gewesen zu sein), so solle ihn nur öffentliche Kirchenbuße, („publica poenitentia") treffen." — Ist nun anzunehmen, daß das Kapitulare von 817 in ganz demselben Falle einen Freien strenger behandelt hätte, als den Sklaven? [1]) geht nicht vielmehr schon aus dieser Vergleichung hervor, daß auch beim Freien die eigentliche Strafe, nämlich die Verpflichtung, den dreifachen Betrag des Wehrgeldes [2]) an die Kirche und überdieß den Königsbann zu zahlen, für solche Fälle, in welchen der Getödtete auctor rixae gewesen war, gar nicht gemeint ist, daß vielmehr die vom späteren Kapitulare ausgesprochene Straflosigkeit der letzteren Fälle schon im ersten Kapitulare gemäß allgemeineren Rechtsgrundsätzen stillschweigend vorausgesetzt war? — Eben dieses Recht, den auctor rixae zu tödten, muß aber, wie oben ausgeführt worden ist, als genügender Ausdruck auch für die Befugniß der wahren Selbstvertheidigung betrachtet werden.

Daß die im Bisherigen ausgeführte Ansicht sich auch in der Uebung des lombardischen Rechtes in Italien durch das Mittelalter bis zum 13ten Jahrhundert einschließlich erhalten hat, zeigen die oben angeführten Stellen der Commentare zur

---

1) — gewiß um so weniger, als dieses Kapit. besonders auch als langobardisches Gesetz verkündet wurde und gerade im langobardischen Recht die Missethaten der Sklaven besonders streng behandelt wurden, — strenger als in allen anderen germanischen Rechten. S. die Nachweisung hievon bei Wilda, Strafr. d. Germ. S. 655 unten — 656 ob.

2) So, und nicht anders, sind natürlich die Worte „dreifaches Wehrgeld" auch von Wilda an der Stelle gemeint, welche ich oben, S. 198, gegen Levita's Tadel vertheidigt habe.

Lombarda (aus dem 12ten Jahrhundert) und des libellus de maleficiis von Gandinus († um 1300). Ariprand zwar sagt, die gemeine Meinung sei gegen seine Unterscheidung zwischen dem auctor rixae und Demjenigen, welcher sonst se defendendo tödtet; allein diese gemeine Meinung kann nicht tief im Volksbewußtsein gegründet gewesen sein und nicht lange bestanden haben: denn sie wird schon von Albertus und von allen späteren Schriftstellern nicht einmal mehr erwähnt und hat auch nicht etwa in Statutarrechten (das von Bologna ausgenommen) fortbestanden. Indessen mag sie in der Rechtsübung dadurch fortgewirkt haben, daß sie die von Einigen [1]) berichtete Ansicht „unwissender Gerichtsbeisitzer" mit veranlaßte, man müße die Statute, welche Tödtung im Allgemeinen mit Capitalstrafe bedrohen, auch auf nicht dolose Tödtungen, insbesondere auf Nothwehrfälle anwenden. Der ganz in römischrechtliche Anschauung hineingelebte de Castro vermag diese Thatsache nur aus Rohheit der Auffassung, aus ängstlichem Kleben an den Worten der Statute zu erklären: da er aber selbst bezeugt, daß die Neigung zu solchen Entscheidungen sehr verbreitet gewesen sei, so ist es doch wohl sehr leicht denkbar, daß der Irrthum, welcher ihr zu Grunde lag, wenigstens mit ein entschuldbarer, nämlich die von Ariprand angef., vormalige gemeine Meinung war, welche sich in der Rechtsübung der ungelehrten Schöffen erhalten haben mag, auch nachdem in der Wissenschaft ihre Irrigkeit nachgewiesen und sie deßhalb von allen Rechtsgelehrten verlassen worden war.

---

1) Baldus zu cst. 11 (Data opera) C. qui accusare non possunt (IX. 1); und bes. Cäpolla, consilia nr. 29. §. Super tertio principali dubio ff., namentlich §. Nec ob statutum praedictum ff.; de Castro zu cst. 1. C. ubi senat. (III. 24).

§. 31.

Wenn es schon im Bisherigen (ob. §. 2 ff., und so eben in §. 30) gelungen ist, gegen die h. z. T. von mehreren der angesehensten Strafrechtslehrer getheilte Ansicht, als ob das germanische Recht grundsätzlich nicht die volle Rechtmäßigkeit der Nothwehr anerkannt habe, einige, nicht unerhebliche neue Beweisgründe geltend zu machen, so bestätigt sich die oben entwickelte gegentheilige Ansicht noch weiter durch einen sehr gewichtigen, bis jetzt meines Wissens nicht beachteten Umstand: nämlich durch die Art und Weise, wie die italienischen Gelehrten und Praktiker des späteren Mittelalters (vom 13ten Jahrhunderte an) sich über die gleichzeitigen Statutarrechte ihres Vaterlandes aussprechen.

Hätte das germanische Recht im Gegensatze zum römischen die Nothwehr grundsätzlich für nicht vollkommen rechtmäßig gehalten, so müßte sich Dieß gerade auch hier gezeigt haben. Denn so gut die Italiener in anderen Lehren eigenthümlich germanische Grund-Ansichten entweder, wie z. B. beim Versuche der Verbrechen, als „consuetudo Italiae", „cons. totius mundi" oder doch mindestens als etwas „ex forma statutorum" zu Beobachtendes anerkannten, ebensowohl hätten sie Dieß gewiß auch in unserer Lehre gethan, wenn hier eine solche, von der römischen abweichende Grund-Ansicht bestanden hätte; eine solche müßte sich zum Wenigsten in einigen partikulären Rechten — Statuten oder Gewohnheiten — bis in's 13te und 14te Jahrhundert erhalten und alsdann bei den Postglossatoren und Praktikern Erwähnung gefunden haben. Ganz unerläßlich wäre ihre Anführung in den ungemein zahlreichen Consilien, Entscheidungen und Vertheidigungen gewesen, welche sich mit wirklich vorgekommenen Fällen der Nothwehr beschäftigen und theils unmittelbar, theils wenigstens durch ander-

weitige Anführungen dem Haupt-Inhalte nach auf uns gekommen sind: denn für die Beurtheilung jener Rechtsfälle mußte ja in erster Linie das partikuläre Recht in Betracht kommen. Allein in keiner dieser praktischen Arbeiten, wenigstens soweit ich sie nachlesen konnte (s. ob. §. 28), geschieht eines solchen, den römischen Grundsätzen widerstreitenden örtlichen Rechtes Erwähnung. Selbst als bloße Zweifelsgründe werden nur solche Statute angeführt, welche gar Nichts von einer Ausschließung oder Beschränkung der Nothwehr enthalten, sondern lediglich die Strafbarkeit der Tödtung als Regel aussprechen; wobei sich denn die Ausnahmen für rechtmäßige Tödtungen, z. B. solche in der Nothwehr, von selbst verstanden [1]).

Auch in den theoretischen Schriften jener Zeit wird zwar manchfach die Frage erörtert, ob ein Statut die Rechtmäßigkeit der Vertheidigung ausschließen könne: allein die einzelnen, der Wirklichkeit entnommenen statutarrechtlichen Sätze, welche hiebei zur Sprache kommen, betreffen mit Ausnahme eines einzigen, von Odofredus angeführten, gar nicht die Nothwehr und die mit derselben verwandten Fälle der Eigenmacht, sondern theils die nur als Regel ausgesprochene Strafbarkeit der Tödtung (wie an den so eben angef. Stellen der Consilien), theils die gerichtliche Vertheidigung im Strafproceß und deren Beschränkung bei dem in den Bann Erklärten, theils den Widerstand gegen einen rechtmäßigen Angriff (namentlich die Gegenwehr eines Gebannten wider seine durch ein Statut gestattete Tödtung oder Verwundung).

Auf diese Einschränkungen des Vertheidigungsrechtes müßen denn auch solche Stellen bezogen werden, welche —

---

1) Siehe hierüber namentlich Cäpolla, **consilia nr. 29. §. Super tertio principali dubio ff., bes. §. Nec ob statutum praedictum ff.** (über ein Statut von Brescia).

scheinbar allgemeiner — dahin lauten, daß die defensio in einzelnen Beziehungen aus besonderen Gründen (ex causa, ex justa causa), oder zur Strafe (propter demerita) durch Statute untersagt werden könne: so namentlich bei Florianus die Bem. zu l. 3—4. D. ad leg. Aquil., Nr. 5, vergl. mit Nr. 3 zu IX. 1. Si quadrupes l. 1. §. 11, P. de Castro zu l. 3. de J. et J., und cons. nr. 194, Seyssellus zu l. 3. de J. et J. Nr. 23, 24, und Nr. 45, 46 der Repetitio; Farinacius, qu. 125. Nr. 14, 19. Denn „justa causa", „demerita" [1]) bezeichnen hier — wie aus den Beispielen, aus der Vergleichung mit anderen Stellen und dem Zusammenhange hervorgeht, eben diejenigen Umstände, auf welchen die Rechtmäßigkeit des Angriffes beruht.

Wir haben also nach der ganzen Art und Weise, wie diese Frage hier besprochen ist, durchaus keinen Grund zu der Annahme, daß italienische Statutar- und Gewohnheitsrechte jener Zeit die Befugniß zur Vertheidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff verkümmert oder bestraft haben. Nur als Ausnahme muß Dieß von dem Rechte der Stadt Bologna, so wie es zur Zeit des Odofredus († 1265) bestand, anerkannt werden. Dieser Schriftsteller bemerkt nämlich, Todesstrafe treffe dort Jeden, welcher eine Tödtung verübt habe — ohne Unterschied, ob zum Zwecke der Vertheidigung oder nicht [2]). Er selbst und nach ihm alle späteren Italiener bezeichnen Dieß als rechtswidrig, und Albericus behauptet geradezu die Ungültig-

---

1) Den Ausdruck „demerita", welcher von P. de Castro herrührt, beziehe ich, gemäß dem Zusammenhange an der oben angef. Stelle desselben, darauf, daß der Gebannte das Vertheidigungsrecht verwirkt hat.

2) Odofr. zu cst. 2. C. IX. 16. ad leg. Cornel.: „. . . . . quia licet unicuique occidere hominem ob tutelam sui corporis . . . . . Sed hodie fallit in civitate ista: quia sive ob tutelam sive non, punitur capite, et hoc est contra jus." — Vergl. Farinacius a. a. O. Mit der „civitas ista" kann nur Bologna, wo Odofredus lehrte, gemeint sein.

keit eines solchen Statuts — was denn von allen Späteren einstimmig wiederholt wurde [1]). Man gieng nämlich hiebei allgemein davon aus, daß ein Statut nicht gelte, wenn es dem Statutarrechte oder jus gentium zuwiderlaufe; ja Manche wollten in diesem Falle jedem positiven Gesetze überhaupt seine Verbindungskraft absprechen [2]), woraus sich denn folgerichtig die Ansicht ergab, daß auch der Kaiser und Pabst die Befugniß der Rechtsvertheidigung nicht aufheben, sondern höchstens in einzelnen Beziehungen aus besonderen Gründen beschränken können [3]).

§. 32.

Der in den vorangehenden zwei §§. näher begründete Schluß von den Aussprüchen der Italiener auf das germanische

---

1) S. z. B. Jacobus de bello visu lib. I. c. 11. nr. 5, Fulgosius zu l. 3. D. ad leg. Aquil.; Albericus zu l. 3. de J. et J. Nr. 4; zu l. 1. §. 11. D. Si quadrupes und zu l. 45. §. 4. ad leg. Aquil. Nr. 3; Florianus zu l. 1. §. 11. D. Si quadrupes Nr. 3; P. de Castro cons. 194, ferner im comm. zu l. 3. de J. et J. (ebendas. auch Franc. Curtius in der Anmerk.), und zu cst. 1. C. III. 24 ubi senatores; Hippolytus §. Quoniam nr. 76—79; Seyssellus, repetitio zu l. 3. D. de J. et J. Nr. 1, 5, 6, 16; Farinacius qu. 125. nr. 13, 17—19.

Noch weiter, als diese, gehen in den Folgerungen aus obigem Satze Baldus zu cst. 1. C. VIII. 4. u. Clarus §. Homicidium nr. 71, indem sie hierauf selbst Straflosigkeit des Gebannten stützen, welcher zur Abwehr eines vom Statutarrechte gestatteten Angriffs den Gegner tödtet.

2) S. außer den in der vorigen Anm. angef. Stellen Gandinus tit. de observ. statut. Nr. 9, welcher — nebenbei gesagt — sogar ein dem Civilrechte widerstreitendes Statut nicht gelten lassen will, weil nach C. I. 14. de legg. cst. fin. nur der Kaiser Gesetze geben könne; ferner Albericus zur constit. Omnem §. 6. nr. 9—11. (wo übrigens als „Ergänzungen" des vermeintlichen jus naturale auch wahre Abänderungen desselben zugelassen werden — wie das als „ultramontana consuetudo" bezeichnete Recht der Erstgeburt); ferner Hippolytus §. Quoniam nr. 101, 102.

3) Seyssellus und Hippolytus a. a. O.; Farinacius qu. 125. Nr. 12.

Recht gewinnt an Sicherheit noch dadurch, daß allerdings in unserer Lehre sich ein Einfluß des letzteren auf die ersteren zeigt — aber in einer Richtung, welche der ob. §. 2 ff. entwickelten Auffassung der germanischen Grundgedanken vollkommen entspricht und den oben bekämpften Ansichten über dieselben geradezu entgegengesetzt ist.

Es war oben wiederholt davon die Rede, daß im alten germanischen Rechte die Selbstvertheidigung in der Befugniß zur Verletzung des Friedebrechers enthalten war und aus diesem weiteren Begriffe heraus nach und nach ihre selbstständige rechtliche Gestalt angenommen hat, während ihre Rechtmäßigkeit schon von Anfang an, wenn gleich nicht unter besonderem Namen, festgestanden hatte. Von diesem Entwicklungsgange nun finden sich bei den Italienern manchfache Spuren — aber zum Theile in eigenthümlicher Gestalt, welche durch die höhere rechtswissenschaftliche Bildung dieser Schriftsteller und durch den Einfluß des römischen Rechtes bedingt war.

Es ist schon oben (§. 30) bemerkt worden, wie jener älteste germanische Grundgedanke sich in der wichtigsten Anwendung, nämlich bei der Tödtung oder sonstigen Verletzung des auctor rixae, d. h. desjenigen Friedebrechers, dessen Missethat in einem gewaltsamen Angriff auf Leib oder Leben der Person besteht, unmittelbar aus germanischen Quellen her in der italienischen Rechtswissenschaft bis in's 12te und 13te Jahrhundert erhalten hat, und wie er sich später, wenn auch unter dem Gewande bloßer Vorschriften für den Beweis und vermeintlich römischer Rechtssätze, wenigstens im praktischen Ergebnisse noch fortwährend geltend zu machen wußte. Letzteres gilt sogar noch z. B. von Jul. Clarus [1]) und zum Theile von der P.G.O. [2]), welche hier den Italienern folgt und so

1) §. Homicidium nr. 33.

2) Art. 142.

durch die denselben abgelernte Vermuthung auf einem Umwege wieder Dasselbe, was nach alt-germanischem Rechte eingetreten wäre, vielfach, wenn gleich nur im praktischen Erfolge, herbeiführte.

Ferner ist gleichfalls oben (§. 30) schon bemerkt worden, daß selbst dem oft mißverstandenen „se defendendo“ einiger germanischen Quellen der weitere Begriff von „defensio“, „propulsatio“ und dergl. entspricht, welcher sich bei den Italienern und namentlich noch bei Clarus findet. In der Ausscheidung, welche innerhalb dieses Begriffes vorgenommen worden ist und den Begriff der eigentlichen Selbstvertheidigung, def. cum moderamine inculp. tutelae, insbesondere der Nothwehr, in seiner Selbstständigkeit ergeben hat, zeigt sich noch bei den romanisirenden Italienern ein Gedankengang, welcher auf die obige ächt germanische Grundlage unmittelbar zurückweist. Denn gerade die ältesten unter den italienischen Praktikern setzen das Wesen des moderamen inculpatae tutelae in die gleiche Stärke und Gefährlichkeit des Angriffes mit der Vertheidigung: sie fordern in erster Linie, daß bewaffnete Gegenwehr nur gegen einen bewaffneten Angriff, Vertheidigung wider drohende Stockschläge auch nur mit einem Stocke geschehen dürfe u. s. w.; dabei fügen aber Gandinus und Andere sofort die Erweiterung bei: ein Schwächerer dürfe sich gegen die „härtere“ Faust des Angreifers auch mit einer Waffe schützen [1]). Die sofortige, gleiche Retorsion einer Injurie ferner wird als rechtmäßige defensio behandelt (s. u. §. 39). — Also nicht das innerliche Wesen der Verthei-

1) Diese Sätze finden sich schon in der Glosse, aber nur an einer Stelle (zu C. VIII. 4. Unde vi cst. 1., zum Worte „Moderatione“), während andere (s. u.) ganz die reine römische Ansicht haben; ferner bei Gandinus, Tit. de defens. a reo faciendis Nr. 8; Jac. de bello visu I. 11. Nr. 11; Baldus zu cst. 1. C. Unde vi Nr. 4, 10, 11;

digung, das Maaß des zur Abwehr Nothwendigen entscheidet von Anfang an, sondern der zu Grunde liegende Gedanke ist (wenn auch nur unbewußt) folgender, welcher sich noch ganz an den germanischen Ausgangspunkt, als organische Weiterbildung [1]) anschließt: „die Tödtung oder Verletzung des Friedebrechers ist rechtmäßig: aber" — und hierin liegt die wichtige Veränderung — „nur in gerechtem, gleichem Maaße." Der Friedebrecher soll keine größere Verletzung leiden, als die von ihm gedrohte. So wenigstens bei Angriffen auf Leben, Leib und Ehre; anders bei solchen auf das Eigenthum, wo noch das alte Recht zur Tödtung des fur und latro Anfangs ungemindert fortbestand (s. den folg. §.). Aber gerade bei den Angriffen auf die erstgenannten zwei Rechte lag in der Forderung jener Verhältnißmäßigkeit wenigstens in der Hauptsache, und mit dem erwähnten Beisatze sogar ganz, dasselbe praktische Ergebniß, wie wenn man die Selbstvertheidigung aus ihrem richtig aufgefaßten Wesen — so zu sagen, selbstständig aus ihrem Inneren heraus — abgeleitet hätte. Deßhalb konnten

---

Angelus Aretinus „Et dictus Titius se defendendo" Nr. 18; Augustinus ebendas. Nr. 21. — Ganz wörtlich folgt den Italienern auch hier, wie durchgängig in unserer Lehre, der deutsche Schriftsteller Sebastian Brant, in seinem „richterlichen Klagspiegel" Th. II. Tit. ad legem Juliam de vi §. Item setz, daß einer u. s. w. a. E. — wo, in vollkommenem Widerspruche mit dieser Thatsache, Zöpfl (im N. A. 1842. S. 319 ff.) seine, angeblich ächt germanische Ansicht von der Nothwehr finden will (s. u. §. 44).

1) Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß die Italiener obigen Satz äußerlich durch eine römische Stelle, l. 3. §. 9. D. de vi XLIII. 16 zu rechtfertigen suchen — und zwar um so weniger, als die reinen theoretischen Romanisten — wie namentlich die Glossatoren selbst zu der angef. Stelle und zu l. 1. §. 27. eod. tit. — das römische Recht ganz richtig dahin auffassen, daß es lediglich das zur Abwehr nothwendige Maaß entscheiden lasse. Das Bemühen, germanische Ansichten aus dem römischen Rechte zu begründen, kommt ja auch sonst vielfach vor.

denn auch Gandinus u. s. w. ihren Gedanken für vollständig gleichbedeutend mit dem letzteren Wege halten, und es liegt kein Grund vor, jene ursprüngliche, mehr nur äußerliche Unterscheidung bloßem Mißverständnisse, bloßer Rohheit der Auffassung zuzuschreiben — wie Dieß unsere Schriftsteller mindestens stillschweigend dadurch thun, daß sie keine andere Erklärung angeben. Gewiß aber ist es unserer Beachtung werth, daß auch hier, wie so oft in der Rechtsgeschichte, das innerlich Vernunftgemäße zuerst in einem scheinbar, aber auch nur scheinbar, zufälligen Gewande äußerer geschichtlicher Entwicklung hervorgetreten ist. Der entscheidende Schritt, mit welchem die Hülle vollständig abgeworfen wurde, war, daß das immer noch festgehaltene gleiche Verhältniß nicht mehr auf die äußere Größe der Gegenwehr einer- und des Angriffes andererseits, sondern nur auf das nothwendige Maaß der ersteren gegenüber der Größe der Gefahr [1]) bezogen wurde. Ausgesprochen war das Wesen der Nothwehr, als man in ihr lediglich diejenige Gewalt erkannte, welche zur Abwendung dieser Gefahr je nach den Umständen des besonderen Falles unerläßlich sei. Aber auch hier noch war der Faden geschichtlicher Entwicklung selbst äußerlich darin festgehalten, daß man die Bezeichnung, die Vertheidigung müße mit dem Angriffe im Verhältnisse stehen („proportionaliter" geschehen) beibehielt.

---

1) Die Gl. zu C. Unde vi est. 1. und die meisten der ob. S. 383—384 Anm. Angeführten (Baldus, Angelus, Augustinus) stellten beide Verhältnißmaaßstäbe neben einander auf — zum deutlichen Beweise, daß man dem ob. zuerst genannten noch selbstständige Bedeutung beilegte. Die nachfolgenden Schriftsteller dagegen, und manche der Früheren (s. die vor. Anm.) hatten schon ganz die begriffsmäßig richtige Ansicht (so schon die Glosse selbst zu l. 1. §. 27 und l. 3. §. 9. D. de vi [XLIII. 16]).

§. 33.

Auch in anderen Beziehungen, als den in §§. 26, 28 ausgeführten, hat sich das alt-germanische Recht zur Tödtung und Verletzung des Friedebrechers bei den ältesten der romanisirenden Praktiker fort erhalten. Für den geschichtlichen Entwicklungsgang unserer Lehre sind die wichtigsten diejenigen, bei welchen dieses Recht ebenso wie gegenüber dem „auctor rixae" keines vorangegangenen richterlichen Urtheiles bedurfte; denn hier haben wir noch die unmittelbare Fortwirkung der urgermanischen Wurzel, der Friedlosigkeit vor dem Urtheil, welche sich von der gewöhnlicheren, durch Erkenntniß ausgesprochenen ebenso unterschied, wie die römische sog. infamia immediata von der mediata.

Uebrigens lag es im Wesen der ganzen mittelalterlichen Rechtsentwicklung, daß schon die ältesten der romanisirenden Praktiker sich für die noch beibehaltenen Fälle jener rechtmäßigen Verletzungen mehr noch auf römische, als auf germanische Quellenstellen beriefen; daß die letzteren sehr bald schon gar nicht mehr angeführt und das Recht selbst mehr und mehr auf die Erfordernisse der richtig verstandenen römischen Gesetze — mithin zum größeren Theile einerseits auf die der wahren Selbstvertheidigung, andererseits auf die Ergreifung des Verbrechers — zurückgeführt wurde. In der reinen Wissenschaft des römischen Rechtes war der letztere Standpunkt, in richtiger Auffassung seiner Quellen, schon ganz am Anfange, von den Glossatoren selbst aufgestellt. Der älteste Praktiker dagegen, welcher für uns als Schriftsteller Bedeutung hat, Gandinus, faßt die Rechtmäßigkeit jener Tödtungen und sonstigen Verletzungen noch in weiterem Umfange, und beruft sich hiefür theils noch auf die Lombarda, welche von keinem späteren Schriftsteller mehr angeführt wird, theils auf

römische Stellen, die er theilweise durch eine ihren wahren Sinn erweiternde, wenn auch ihren Worten nicht widerstreitende Auslegung hereinzieht. An zwei Stellen stützt er sich sogar auf mosaisches Recht. Alle anderen Schriftsteller dieses Zeitraumes dagegen schließen sich in den Anführungen der Quellen sowohl, als im Rechte selbst ganz an die römischen und kanonischen Gesetze an.

Gandinus [1]) behauptet noch selbstständige Rechtmäßigkeit nicht bloß für die Tödtung des fur, welcher bei Nacht betreten wird oder sich mit einer Waffe vertheidigt, sondern auch — unter Berufung auf Stellen der Lombarda, welche ursprünglich dem Edictum Rotharis (cap. 32, 33, 269) angehören, für die Tödtung Desjenigen, welcher zur Nachtzeit unter verdächtigen Umständen im Hof [oder Haus] eines Andern gefunden wird und seine Hände nicht zum Binden reicht, — ferner des betretenen, fliehenden Verbrechers überhaupt oder entlaufenen Sklaven unter derselben Voraussetzung. Außerdem nennt Gandinus unter Berufung auf römische Stellen, aber ohne die in denselben liegenden Beschränkungen mit anzuführen, als straflos die Tödtung des im Hause des beleidigten Ehemanns betretenen Ehebrechers durch den Ersteren oder den Vater der Frau; deßgleichen die Tödtung der Straßenräuber und Wegelagerer ohne die schon dem Sinne des römischen Rechtes gemäße Bedingung der Nothwehr.

Wörtlich dagegen konnte auf das römische Recht die schon hier unbedingt gestattete Tödtung fahnenflüchtiger Soldaten und Solcher gestützt werden, welche auf offenem Felde nächtliche Plünderungen und Verwüstungen begiengen: Diese werden denn nicht bloß von Gandinus (Tit. de defens. Nr. 11), sondern auch von Anderen genannt: so z. B. von Florianus

1) Tit. de poenis reorum nr. 60, de defension. a reo faciendis nr. 11.

zu l. 4. D. ad leg. Aquil.[1]). Ueberdieß verweist Gandinus noch im Allgemeinen auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Fälle erlaubter Selbsthülfe („in quibus impune jus quis sibi dicere potest"). — Auf mosaische Gesetze endlich stützt er das auch im alten deutschen Rechte (s. ob. S. 188 ff.) begründete Recht zur Tödtung oder Verwundung Desjenigen, welcher bei Nacht durch Untergraben oder Einbrechen in ein Haus zu dringen versucht, und den Satz, daß wechselseitig zugefügte Beschädigungen bei einer Rauferei — ausgenommen Tödtungen — straflos sein sollen.

Die anderen Schriftsteller dagegen führen alle rechtmäßigen Verletzungen auf die Bedingungen des neuesten römischen Rechtes zurück: also die Tödtung des Ehebrechers auf die (wohl auch von Gandinus durch seine Anführung der l. 20 und l. 24. D. ad leg. Jul. de adulter. (XLVIII. 4.) schon mit angedeuteten Beschränkungen der l. Julia de adulteriis, die Gewalt gegen Wegelagerer, und dergl., sowie gegen Diebe, auf das Recht einerseits zu ihrer Festnehmung, andererseits zur Vertheidigung[2]). Als ein Fall der letzteren wird auch schon die in l. 10. §. 16. quae in fraudem creditorum (s. ob. §. 23) erwähnte Selbst-

---

1) Jacobus de arena (comm. zu l. 3. de J. et J.) wirft dabei die Frage auf, ob nicht analoge Ausdehnung der cst. 1. C. quando liceat auf die Tödtung der Brandstifter und Anderer, welche Häuser zerstören, zuläßig sei. Dieß hätte im Erfolge wieder dem germanischen Rechte [s. ob. S. 189] entsprochen; indessen erklärt sich Jacobus selbst sofort für die gegentheilige Entscheidung.

2) S. z. B. statt Aller Clarus §. Homicidium nr. 48—49; Gl. zu cst. 3. C. ad leg. Cornel. (IX. 16); Clarus a. a. O. Nr. 36. — Ueber das Recht zur Festnehmung und zu der hierauf abzielenden Verfolgung der Verbrecher s. die Ansichten der Italiener bei Innocentius IV. zu cap. 35. X. de sentent. excommunicat. (V. 39), cap. 12. X. de restitutione spoliat. (II. 13) und cap. 12. X. de homic. (V. 12), und (nach ihm) bei Florianus zu l. 4. D. ad leg. Aquil. Nr. 5—6, Fulgosius zu ders. Stelle Nr. 8—9.

hülfe gegen den fliehenden Schuldner aufgefaßt[1]). Dabei wird insbesondere die ganze Vertheidigung des Vermögens auf die von diesen Fällen, besonders von der Tödtung des fur handelnden römischen Gesetze gestützt, sowie auf Dasjenige, was das römische Recht über Vertheidigung des Besitzes von Liegenschaften bestimmt hatte. Es finden sich nun aber schon in der damaligen Wissenschaft die zwei Behauptungen, welche von Manchen bis auf den heutigen Tag als Schranken für die Vertheidigung des Besitzes und Eigenthums aufgestellt werden: nämlich, daß der Schaden, zu dessen Abwendung Nothwehr gestattet sei, ein im einzelnen Falle unersetzlicher sein müße und daß er nicht etwa bloß einen geringfügigen Gegenstand betreffen dürfe. Das Letztere wurde namentlich von Baldus gefordert und von Matthesilanus sehr freigebig dahin bestimmt, geringfügige Sachen seien diejenigen, welche unter zwei aurei werth seien[2]). Viel wichtiger dagegen und von Allen getheilt war die erstere Einschränkung. Uebrigens wandte man dieselbe (gerade umgekehrt, wie in neuerer Zeit J. G. Fichte[3]) aus vermeintlich allgemeinen Gründen) nicht auf die Gefahr für Liegenschaften an, sondern nur auf die für bewegliche Sachen — und auch hier keineswegs allgemein, sondern bloß gegenüber vom Diebe, und überdieß in verschiedenem Umfange. Gerade dieser Punkt ist sehr merkwürdig; denn es zeigt sich hier, wie das in manchen wissenschaftlichen Schriften und Partikular-Gesetzen selbst h. z. T. noch beibehaltene und auf allgemeine Erwägungen ge-

---

1) Baldus und Bartholomäus de Saliceto, je zu cst. 4. C. ad leg. Cornel. de sicar. (IX. 16); Claud. de Seyssello zu l. 3. de J. et J. Nr. 47 am Anf.

2) S. Baldus, zu cst. 1. C. de locato (IV. 65); Claud. de Seyssello a. a. O. Nr. 48. (Letzterer ist gegen die Beschränkung).

3) Fichte, Naturrecht Th. II. S. 82.

stützte Erforderniß eines unersetzlichen Schadens seinen Ausgangspunkt in einem Mißverständnisse hat, welches schon den Glossatoren begegnete, als sie sich die römischen Sätze über Tödtung des fur zurecht zu legen versuchten. Die Glosse zu l. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2) und l. 9. ad leg. Corn. (XLVIII. 8), gieng nämlich davon aus, daß auch nach neuestem römischem Rechte, trotz dem allgemeinen Gesichtspunkte der Befugniß zur Selbstvertheidigung, der Tag-Dieb nur im Falle bewaffneten Widerstandes (s. ob. §. 8 ff.) getödtet werden dürfe; demnach selbst dann nicht, wenn er mit den entwendeten Sachen die Flucht ergriffen habe. Die hiernach als fortbestehend angenommene Verschiedenheit in der Behandlung dieser Diebe einerseits und der nächtlichen auf der anderen Seite suchte man damit zu erklären, daß der bei Tage Stehlende erkannt und in Folge dessen angeklagt werden könne, der nächtliche Dieb dagegen nicht. Hiebei dachte aber die Glosse, wie ihre Berufung auf l. 1. D. de fur. balnear. (XLVII. 17) und auf den Satz „nox aggravat delictum" zeigt, nicht an die Rücksicht, die gestohlene Sache wieder zu erlangen oder Ersatz für dieselbe zu bekommen, sondern an die der Bestrafung. Die Späteren dagegen hielten sich, indem sie nicht auf dem Texte der Gesetze, sondern nur auf der Glosse weiterbauten, dennoch an den ersteren dieser beiden Gesichtspunkte, und verfuhren dabei so einseitig, daß sie in einigen Sätzen auf das gerade Gegentheil derjenigen Gesetzes-Auslegung kamen, welche diese ganze dogmengeschichtliche Entwicklung hervorgerufen hatte. So schließt z. B. schon Florianus aus dem obigen Satze, mit welchem die Glosse die vermeintliche Verschiedenheit in der Behandlung des nächtlichen und des Tag-Diebes zu erklären versucht hatte, weiter: es dürfe also auch der Letztere getödtet werden, wenn er unerkannt bleibe, und umgekehrt der Erstere alsdann nicht, wenn er erkannt werde.

Ueberhaupt war es unter den Schriftstellern nach der Glosse, indem sie von jenem Gesichtspunkt aus noch weiter schloßen, herrschende Ansicht, daß die Tödtung von beiderlei Dieben eben nur durch die Gefahr eines unersetzlichen Schadens, sei es an der Person oder am Vermögen, gerechtfertigt werde [1]).

In allgemeinerer Fassung wird Unersetzlichkeit des drohenden Schadens von Angelus Aretinus gefordert [2]). Mit Unrecht behielt man ferner daneben noch aus der l. 4. D. ad leg. Aquil. die Verpflichtung zum Schreien (s. ob. §. 10), aus der l. 5. eod. tit. die Bedingung bei, daß der Dieb nicht habe ergriffen werden können [3]) [die erstere Behauptung war in dieser Allgemeinheit falsch (s. ob. S. 298), die erstere überflüssig, weil sie und noch Mehr schon in den Voraussetzungen der Nothwehr liegt].

Gegenüber dem Räuber dagegen forderte man die Unersetzlichkeit des Schadens nicht zur Nothwehr — offenbar

---

1) Florianus, Fulgosius, Albericus je zu l. 3. D. ad leg. Aquil. (IX. 2); Seyssellus zu l. 3. D. de J. et J.; Clarus §. Homicidium nr. 47.

2) Rubr. „Et dictus Titius se defendendo" Nr. 7, 8, unter Berufung auf l. 9. D. ad leg. Cornel. Angelus hält also die in dieser Stelle geforderte Gefahr, was Vermögensrechte betrifft, nur alsdann für wahrhaft begründet, wenn ein unersetzlicher Schaden drohe. Uebrigens fordert er Unersetzlichkeit des Schadens in allgemeinem Ausdrucke (nicht gerade bloß gegenüber vom Diebe) bei allen Vermögensrechten, aber auch nur bei diesen.

3) Alle jene Irrthümer, namentlich auch der so wichtige, daß man Gefahr eines unersetzlichen Schadens zur Vertheidigung des Vermögens erforderte, hatten also ihren Grund in geschichtlich unrichtiger Auffassung des oben §. 8 ff. besprochenen Tödtungsrechtes. Die dort gegebene ausführliche Erörterung hat demnach nicht bloß geschichtliche, sondern auch zugleich dogmatische Bedeutung, indem aus ihr die Unrichtigkeit einer noch h. z. T. weit verbreiteten Ansicht in ihrer geschichtlichen Wurzel hervorgeht.

weil man sich hier durch die mißverstandene l. 9. D. ad leg. Cornel. de sicar. nicht gebunden fühlte [1]).

Uebrigens entstand gegen Ende der 15ten und im 16ten Jahrhunderte die Meinung, als ob die Zulässigkeit der Vermögens-Nothwehr überhaupt bestritten sei. Dieß war nun in der That, was das weltliche Recht betrifft, von keiner Seite geschehen, und nur aus dem oberflächlichen Abschreiben der Vorgänger, welches damals Sitte war, erklärt es sich, daß man einigen Kanonisten [2]), die hier nur Kirchenstrafen wollten, gänzliche Läugnung der Nothwehr überhaupt für jene Fälle in den Mund legte. Indessen wurde die Frage nun einmal für bestritten gehalten und als bestrittene erörtert [3]),

1) S. Florianus und bes. Albericus a. a. O.

2) Nicolaus Tudiscus (gew. „Abbas" oder „Panormitanus" genannt), commentar. super quinque decretalium libris (Lugduni 1534 fol.) und — wörtlich nach ihm — Joannes ab Anania, super quinto decretalium libro (Lugduni 1553 fol.) — je zu cap. 2. X. de homicidio (V. 12). Diese Schriftsteller sprechen in ihren Bemerkungen zu derselben Stelle, sowie zu cap. 10 und 18 des nämlichen Titels, auf's Bestimmteste aus, daß die Vermögens-Nothwehr nach weltlichem Rechte (nur nicht auch vom Standpunkte der kirchlichen Gesetze und gegenüber dem geistlichen Richter, der aber hier nur auf eine minder bedeutende Kirchenbuße erkannte) vollkommen rechtmäßig sei. Die erste Quelle des vermeintlichen Irrthums will Claude de Seyssel bei Durantis, speculum lib. I. particula de actore Nr. 13 finden; allein diese Stelle spricht keineswegs von der Nothwehr, sondern von der Befugniß Jemandes, seine Interessen durch eine gerichtliche Anklage (und zwar eine criminelle) wahrzunehmen, wofür sich Durantis des Ausdruckes „defendere" bedient. Claude hat sich also lediglich durch das zu seiner Zeit übliche Haschen nach Citaten und durch den Wortlaut verleiten lassen.

3) Dieß thun namentlich Claude de Seyssel, comm. zu l. 3. de J. et J, repetitio Nr. 47, und Farinacius, praxis et theorica, quaestio 126. Nr. 1 ff. Diese große Streitfrage hatte also ihren ersten Grund lediglich darin, daß einige Kanonisten von späteren Schriftstellern auf's Gröblichste in der Weise mißverstanden wurden, als ob sie die Wider-

und so haben wir also schon hier, bei den alten Italienern, die Ausgangspunkte aller der Fragen, welche in der Lehre von der Nothwehr zu Gunsten des Vermögens und Besitzes seitdem so unzählige Male durchgesprochen worden sind: nehmen wir noch hiezu, was unten aus dem Kanonisten Covarruvias anzuführen sein wird, so sind schon hier in der Hauptsache alle die verschiedenen Ansichten vertreten, welche die Vermögens-Nothwehr beschränkt wissen wollen. Nur eine ist, wie überhaupt, so auch hier ohne Vorgang, nämlich Ludens gänzliche Läugnung der Nothwehr zum Schutze des Vermögens aus dem folgenden Grunde: „da Vermögensrechte ihrer Natur nach ersetzbar seien, könne nicht angenommen werden, daß bei einem Angriffe auf dieselben die Voraussetzung der Nothwehr,

---

rechtlichkeit der Vermögens-Nothwehr (statt bloß deren Bußwürdigkeit vom kirchlichen Gesichtspunkte) behauptet hätten. Da nun aber einmal in Folge jener irrigen Auffassung die Frage unter den damaligen Lehrern und Schriftstellern als bestritten galt, so wollte die P.G.O. Karl's V. der wissenschaftlichen Entscheidung nicht vorgreifen, und gewiß war Dieß der Grund, aus welchem die P.G.O. sich über die Vermögens-Nothwehr nicht allgemein und grundsätzlich ausspricht und namentlich im Art. 140 nicht neben Leib, Leben, Ehre und gutem Leumund auch das Gut (Vermögen) nennt. Dieß wäre sonst um so weniger erklärlich, als auch Seb. Brant (s. u. §. 44) und Ulr. Tengler (Layenspiegel, Ausg.: Augsburg 1511 fol., Bl. 187ª ob.) — Letzterer gerade in der unmittelbaren Zusammenstellung mit den Worten „leib" und „leben" — das „gut", die „habe" als Gegenstand rechtmäßiger Nothwehr angeführt haben. Alles aber erklärt sich durch die Bemerkung, daß auch in anderen Fällen die P.G.O. gegenüber wissenschaftlichen Streitfragen ihrer Zeit auf diese Weise verfährt (s. Art. 117, 118, 120, 122 und hiezu die Bemerkung Wächter's, gem. Recht Deutschlands S. 26 Anm. 19). Mittelbar freilich erkennt die P.G.O. in anderem Zusammenhange die Nothwehr zum Schutze des Vermögens an (Art. 150; s. unten §. 45).

daß kein Schutz von der Staatsgewalt erwartet werden konnte, vorhanden sei" (Hdb. I. S. 296, Abhandl. II. S. 483—484).

§. 34.

Im Begriffe der Selbstvertheidigung liegen nun schon ihre beiden Erfordernisse: ein dringendes, rechtswidriges Thun (bei der eigentlichen Nothwehr ein dringender, rechtswidriger Angriff), und Unmöglichkeit, sich demselben ohne Gefahr für irgend ein Recht anderweitig (d. h. ohne Verletzung des Angreifers) zu entziehen. Diese beiden Erfordernisse waren denn bei den Römern, wie oben bemerkt worden ist, stillschweigend in jenem Begriff eingeschlossen: und ebenso im deutschen Rechte, seitdem es denselben aus der allgemeinen Befugniß zur Verletzung des Friedebrechers herausgeschält hat. Jene beiden Erfordernisse begründeten eben die Unterscheidung der Vertheidigung von dieser allgemeineren Befugniß, und ebendamit erhielt nun auch das Verhältniß, in welchem Angriff und Gegenangriff der Zeit nach stehen müßen und welches oben mit dem Worte „dringend" bezeichnet worden ist, eine andere Bedeutung.

Wissenschaftlich, und zugleich in Anwendung auf eine reiche Manigfaltigkeit einzelner Fälle, entwickelt wurden nun jene beiden Erfordernisse nach ihren verschiedenen Seiten hin abermals von den Italienern: die Ausführungen derselben sind, was den Angriff und seine Eigenschaften betrifft, vollständig und in der Hauptsache richtig; dagegen befriedigen sie weniger insoweit, als sie das zweite ob. angef. Erforderniß betreffen, weil hier irrige Auffassung des Beweisrechtes und — wenn auch bald nur noch unbewußt — germanische Vorstellungen von der weiter gehenden Selbsthülfe einwirkten.

Ich denke nun im Folgenden einen kurzen Ueberblick darüber zu geben, wie die Italiener jene Erfordernisse aufge-

faßt haben. Wir wenden uns zunächst zu dem des Angriffes (beziehungsweise sonstigen rechtswidrigen Thuns) und zwar erstens zu dem allgemeinen Begriffe desselben (§. 35), sodann zu den besonderen Erfordernissen seiner Rechtswidrigkeit (§. 36) und Dringlichkeit (§. 37).

§. 35.

Darauf, daß die Nothwehr gegen einen (rechtswidrigen) Angriff gerichtet ist und in einer dem Angreifer zugefügten (oder doch zugedachten) Verletzung besteht, daß also hier nicht wahrhaft kollidirende Rechte einander, sondern das Recht dem Unrechte gegenübersteht, beruht der Unterschied der Nothwehr vom Nothstande. Dieß haben nicht etwa erst neuere Schriftsteller entdeckt, sondern schon die Italiener recht wohl gewußt [1]). Sie bezeichnen jenen Angriff als „aggressus", „insultus" — häufiger mit den Zeitwörtern „aggredi", „insultare".

Die Erklärungen, welche sie hievon geben, sind darum nicht ohne Bedeutung, weil sie an den Gebrauch des Wortes „überlaufft" in der P.G.O. Karl's V. erinnern. Bartolus sagt nämlich, einen „aggressus", „insultus" begehe Derjenige,

---

1) Bestimmt unterschieden werden Nothwehr und Nothstand z. B. namentlich von Albericus Nr. 15 zu l. 3. D. de J. et J., Innocent. IV. zu cap. 1. X. de cleric. pugn. in duello (V. 14), vergl. mit desselben Bem. zu cap. 2 ebendas., zu cap. 12. de homic. (V. 12) u. s. w., Baldus zu cst. 2. C. ad leg. Corn. de sicar. Nr. 3. Der Gedanke, daß bei der Nothwehr keine wahre Kollision der Rechte vorliege, ist schon bei den Italienern darin angedeutet, daß sie zur Rechtfertigung der Nothwehr sagen, der rechtswidrige Angreifer habe durch den Angriff dasjenige Recht verwirkt, in dessen Verletzung die Nothwehr besteht; man müße eigentlich von ihm sagen, er selbst (nicht der Gegner) habe seine Tödtung verursacht („er habe, so z. sagen, sich selbst getödtet"). — So z. B. Nicolaus Tudiscus zu Clem. III. 1. de vita et hon. cler. cap. 1, angef. bei Hippolytus §. Quoniam nr. 81.

welcher „alium provocat et se promovet de loco ad locum“, und Florianus fügt dem bei: „aggredi“ bedeute so Viel als „adversus alium ire“; denn es sei ja zusammengesetzt aus „ad“ und „gradior“: „ita“, schließt er, „insultus idem est, quod in alium saltus“ [1]). Hiernach leidet es keinen Zweifel, daß wir hier ebensowohl, als in dem „anlauft“ des Schwabensp. 79, 314 III. (Laßb.), den Vorgang für jenes, h. z. T. abgekommene, deutsche Wort der P.G.O. vor uns haben. Parallel geht auch bei den Italienern dem Angriffe anderes rechtswidriges Thun in gewissen Fällen [2]), deren ob. §§. 23—26 entwickeltes eigenthümliches Wesen sie sich übrigens ebensowenig, wie (außer Wächter u. Jarcke) alle Neueren, zum Bewußtsein gebracht haben.

Bloße Drohungen und Vorbereitungen zum Angriff an sich, d. h. wenn sie nicht mit unmittelbarer Gefahr eines rechtswidrigen Thuns verbunden sind, wurden schon von den Italienern nicht als hinreichende Veranlassungen zur Verletzung des Drohenden betrachtet [3]).

Auf der anderen Seite aber war man in der Wissenschaft darüber einig, daß der Angegriffene den Streich des Gegners nicht abzuwarten brauche: die gegentheilige Ansicht führt schon Gandinus — ganz ähnlich, wie später die Bambergensis Art. 165 a. E. — mit dem unhöflichen Ausdrucke an: „ut quidam dixerunt simplicitate nimia“ [4]).

---

1) Bartolus und Florianus je zu l. 1. §. 11. D. Si quadrupes.

2) S. z. B. Baldus und Barth. de Saliceto, je zu cst. 4. C. ad l. Corn. de sicariis (IX. 16.), Seyssellus zu l. 3. D. de J. et J. Nr. 47.

3) S. z. B. Angelus und Augustinus Rubr. „Et dictus Titius se defendendo“ Nr. 27. und Nr. 12., Florianus zu D. IX. 2. l. 4. Nr. 9.

4) S. Azo, Summa zu cst. 1. C. Unde vi, Gandinus Tit.

§. 36.

Was die Rechtswidrigkeit des Angriffes betrifft, so kann dieselbe in der Richtung gegen irgend ein Recht bestehen. Dieß wurde von den Italienern ebenso, wie vom römischen Rechte, anerkannt. Weitaus am Häufigsten erwähnt werden Angriffe auf Leib oder Leben; namentlich handelt es sich um solche in allen von mir nachgelesenen Consilien, welche wirklich vorgekommene Rechtsfälle betrafen. Dieß erklärt sich aus der Gemüthsart des Volkes, aus dem Geiste und den allgemeinen Zuständen der Zeit, und namentlich aus der allgemeinen Sitte des Waffentragens [1]). Diese Ursachen wirkten namentlich auch bei den höheren, reicheren Ständen, und Dieß war aus begreiflichen Gründen, welche zum Theil von den Schriftstellern der damaligen Zeit sehr naiv angedeutet werden [2]), nicht der geringste Grund dazu, daß gerade unsere Lehre in so vielen Gutachten über vorgekommene Fälle abgehandelt wurde. Wer wegen einer von ihm verübten Tödtung in der Gefahr der Todesstrafe schwebte, ließ natürlich keine Mühe und keine Kosten unversucht, zu seiner Rettung Rath und Gutachten angesehener Rechtsgelehrten zu erlangen, und das

---

de defension. Nr. 8, Angelus und Augustinus a. a. O. Nr. 26, Hippolytus §. Quoniam Nr. 66, Clarus §. Homicidium nr. 33.

1) Allgemein bekannt sind diese Zustände theils aus den Romanen und Novellen dieses Zeitraumes, theils aber und namentlich aus Shakespeare, welchem jene Erzählungen vielfach als Vorbilder gedient haben. — Bezeichnend sind auch manche Aeußerungen der damaligen Criminalisten, z. B. die Bezeichnung der Wegelagerer „qui in itineribus frequentissime stant in insidiis" bei Gandinus, Tit. de defension. Nr. 11 am Anf.

2) So sagt z. B. Angelus de Perusio zu cst. 2. C. ad leg. Cornel. (IX. 16) und nach ihm Augustinus Ariminensis, um auf die Anweisungen über die Abfassung der Vertheidigungs-Artikel die Aufmerksamkeit recht sicher hinzulenken, man werde durch Befolgung ihrer Lehre „viel Geld verdienen" (Augustinus a. a. O. Nr. 11).

sehr begreifliche Bestreben, dem Klienten erfolgreiche Dienste zu leisten, war gewiß ein nicht unbedeutender äußerer Veranlassungsgrund dazu, daß die um ihren Rath angegangenen Rechtsgelehrten Alles wohl beachteten, was für weite, milde Auffassung des Vertheidigungsrechtes spricht.

Die Vertheidigung des Vermögens wurde von den Italienern bei Gelegenheit der oben §. 33 gegen das Ende besprochenen Fälle, die der Ehre bei den thätlichen Angriffen auf die Person abgehandelt. Gegen bloße wörtliche Ehrenbeleidigungen ließ man keine thätliche Vertheidigung zu [1]), — aber nicht wie manche Neuere, aus dem Grunde, daß man die Ehre für ein ersetzbares Recht gehalten hätte, sondern weil man irrthümlich bloß den Fall der schon vollendeten Ehrenbeleidigung in's Auge faßte, gegenüber welcher allerdings solche Vertheidigung nicht häufig vorkommen kann.

Die Bedrohung eines Rechtes kann nun aber ausnahmsweise sich deßhalb nicht zur Nothwehr eignen, weil die Verletzung desselben aus besonderen Gründen für rechtmäßig erklärt ist. — Auch Dieß bemerkten die Italiener recht wohl [2])

---

1) S. z. B. Augustinus a. a. O. Nr. 29, Seyssellus Nr. 70, Aegidius Bossius Tit. de homicidio Nr. 86—87. Clarus erklärt es, ohne wörtliche Ehrenbeleidigungen auszunehmen, für eine gewöhnliche Behauptung, daß man auch zur Vertheidigung der eigenen Ehre tödten dürfe; aber eben deßhalb, weil er sich hier an die gemeine Meinung anschließt, ohne eine Abweichung von derselben anzudeuten, wird man auf eine solche aus dem bloßen Schweigen von den wörtlichen Beleidigungen nicht schließen dürfen. Dagegen zeigt die Art und Weise, wie Gefahr für die Ehre bei dem Erfordernisse der Unmöglichkeit, sich dem Angriffe ohne Gefahr und Verletzung zu entziehen, behandelt wird, hinlänglich, daß die Italiener grundsätzlich nicht dagegen waren, Nothwehr auch gegen bloße Gefahr für die Ehre (ohne daß diese Gefahr mit Körperverletzung oder körperlichem Schmerze verbunden ist) zuzulassen.

2) S. z. B. Bartolus, Fulgosius und P. de Castro zu l. 3. D. de J. et J., Florianus Nr. 3 zu l. 1. §. 11. D. si qua-

— namentlich in einzelnen Anwendungen, ohne jedoch immer den richtigen, allgemeinen Grund anzugeben.

Namentlich gehört hierher die von ihnen lebhaft besprochene und bestrittene Frage über die Nothwehr Solcher, welche durch Richterspruch des Rechtsschutzes für ihre Person beraubt waren, der banniti. — In dieser Frage, in welcher wir gleichfalls ein Ueberbleibsel der alten Friedlosigkeit vor uns haben, giengen die Meisten davon aus, daß, wenn ein Statut Verletzung des Gebannten gestatte, derselbe gegen einen auf solche hinzielenden Angriff als rechtmäßigen nicht zur Nothwehr schreiten dürfe: doch waren unter den Gegnern dieser Behauptung zwei sehr gewichtige Stimmen: Baldus und Jul. Clarus [1]).

Außerdem werden als rechtmäßige Verletzungen, gegen welche deßhalb keine Nothwehr zuläſſig sei, angeführt: Ausübung des Züchtigungsrechtes innerhalb seiner Gränzen, und rechtmäßige Gewalt der Obrigkeit und ihrer Diener. Was die letzteren Fälle betrifft, so haben auch hier wieder die Italiener die einzelnen Fragen angeregt, für welche das römische Recht nur einen allgemeinen Grundsatz gegeben hatte.

In Uebereinstimmung mit den römischen Gesetzen stellten denn auch einige Glossatoren allgemein den Satz auf, daß widerrechtlichen Angriffen der Obrigkeit nicht Folge geleistet

---

drupes (IX. 1), Seyssellus zu l. 3. cit. Nr. 17—24 und ebendas. in der repetitio Nr. 34 ff., 45 ff.

1) S. die in der vor. Anm. angef. Stellen, ferner P. de Castro, consil. 194 (die Unterscheidung dess. im Comm. zu l. 3. D. de J. et J. ist für das praktische Ergebniß gleichgültig); — und dagegen Baldus comment. zu l. 3. D. de J. et J., Clarus §. Homicidium Nr. 71. — Den Letzteren nähert sich auch Fulgosius, indem er dem Gebannten die Nothwehr gegen einen Solchen gestattet wissen will, der ihn aus Privathaß zu verletzen suche (zu dieser Unterscheidung hat wohl eine andere Stelle des Baldus, comm. zu cst. 5. C. ex quib. caus. infamia (II. 12), den Anlaß gegeben).

zu werden brauche [1]). Nur waren freilich hiemit die oben, §. 20 erörterten Fragen nicht gelöst, deren Entscheidung allein zeigen kann, ob jener allgemeine Satz richtig verstanden ist.

Andererseits war auch mit dem schon von der Glosse Azo's zu l. 128. §. 1. D. de R. J. und nach ihr von allen Scribenten und Praktikern aufgestellten Satze nicht Viel gewonnen, daß die Gewalt, gegenüber welcher die Nothwehr ausgeschlossen sein sollte, eine wirkliche Amtshandlung sein, vom Beamten in Ausübung seines Amtes (nicht als bloßer Privatperson) ausgeübt sein müße: denn Dieß verstand sich eigentlich von selbst. Im Uebrigen aber giengen die Ansichten aus einander. Nach der in der Glosse vorherrschenden Ansicht, welche namentlich auch von Azo getheilt wurde, sollte jede Amtshandlung als rechtmäßig geachtet werden, weil für diese ihre Eigenschaft die Vermuthung streite [2]). — Dagegen schwebte einigen Späteren offenbar schon der richtige Gedanke (s. oben §. 20) vor: aber nach ihrer gewöhnlichen Weise brachten sie es nicht zu einem allgemeinen, grundsätzlichen Ausdrucke desselben, sondern nur zu der Aufstellung von Erfordernissen, welche allerdings, wenigstens ihrem Sinne nach, dem Richtigen schon ziemlich nahe kamen oder auch dasselbe aussprachen — aber immer nur in einer einzelnen, bestimmten Anwendung. So verlangten namentlich Baldus und Ful-

---

1) Diese Ansicht wird von Azo in der Glosse zu l. 128. §. 1. D. de R. J. erwähnt. Aber auch manche heutige Schriftsteller beschränken sich auf diesen allgemeinen Satz; so selbst Köstlin System S. 85 und (theils nach ihm, theils nach Zachariä im N. A. 1843. S. 367. Anm. 33) Levita Nothwehr S. 199—201.

2) Gl. zu der angef. l. 128. §. 1 und (minder vollständig) zu l. 3. D. de J. et J., auch zu cst. 1. C. Unde vi. Der Glosse folgen auch Bartolus (Nr. 3 zu l. 3. de J. et J.) und sein Herausgeber Concenatius (anders der Verf. des fälschlich dem Bartolus zugeschriebenen Kommentars über die drei letzten Bücher des Coder zu cst. 5. C. de executor. et exactor [XII. 61] für den besonderen Fall dieses Gesetzes).

gosius[1]), der obrigkeitlichen Gewalt-Anwendung müße eine Prüfung der Sache („causae cognitio") vorangegangen sein und dürfe nicht eine zulässige, eingelegte Appellation entgegenstehen (zumal bei Gefahr eines unersetzlichen Schadens). Andere wollten darnach unterschieden wissen, ob die obrigkeitliche Maaßregel offenbar ungerecht sei oder nicht, so daß schon im Falle eines begründeten Zweifels hierüber die Nothwehr ausgeschlossen sein sollte. Ueberdieß verlangten die Letzteren auch hier geradezu als allgemeines Erforderniß Unersetzlichkeit des Schadens[2]). Bemerkenswerth ist hiebei — namentlich im Hinblick auf Verhandlungen der neuesten Zeit — die freisinnige und gerechte Ansicht, daß die Verhaftung stets einen unersetzlichen Nachtheil in sich schließe[3]).

Daß der Angriff ein subjectiv verbrecherischer sein müße, forderte man nicht; vielmehr ließ man Nothwehr mit Recht auch gegen die Verletzungen zu, welche von Unzurechnungsfähigen drohten[4]).

§. 37.

Wie die Rechtswidrigkeit, so wurde auch die Dringlichkeit des Angriffes als Erforderniß der Selbstvertheidigung

---

1) Je zu l. 3. D. de J. et J. (Baldus in Nr. 20, Fulgosius in Nr. 1).

2) P. de Castro, Albericus und Seyssellus (Nr. 26) zu l. 3. D. de J. et J.

3) P. de Castro und Alexander de Imola zu l. 4. §. 6. D. de re judic. (XLII. 1), Seyssellus a. a. O.

4) Gandinus, Tit. de poenis reorum Nr. 60; Bartolus Nr. 5, Fulgos. Nr. 1 a. E., Seyssellus Nr. 35 zu l. 3. D. de J. et J.; Baldus Nr. 50 zu cst. 1. C. Unde vi (VIII. 4). Bemerkenswerth ist die hier schon vorkommende Erwähnung und richtige Beurtheilung des Nachtwandelns; s. bes. Bart. a. a. O., welcher von einem in Pisa zur Sprache gekommenen Falle dieser Art redet.

von den Italienern — wenn auch in manchfach unvollkommenem Ausdrucke — doch in der Sache richtig aufgefaßt; ja, manche von ihnen unterscheiden sich durch die Beachtung des Umstandes, daß zum Schutze von Vermögensrechten möglicher Weise auch ohne eigentlichen Angriff, oder nach gänzlicher Beendigung eines solchen Vertheidigungsgewalt zuläßig ist (s. ob. §. 23 ff.), hier sehr zu ihrem Vortheile von den meisten neueren Schriftstellern.

Zur eigentlichen Nothwehr dagegen forderten sie mit Recht, daß der Schaden noch nicht wirklich zugefügt, demnach noch abwendbar sei. Indessen fügen sie bei, Dieß gelte nur da, wo der Nachtheil nicht eben durch die Gegenwehr vollkommen rückgängig gemacht und hiemit der frühere Zustand wiederhergestellt werden könne („quando esset tale factum, quod revocari non potest, nec in pristinum statum reduci"); in den Fällen dagegen, in welchen Dieß möglich sei, dürfe auch nach der That noch zu gewaltsamer Vertheidigung geschritten werden. In letzterer Beziehung fehlten nun schon damals die Meisten darin, daß sie wegen der l. 3. §. 8. D de vi (XLIII. 16) ganz allgemein das Erforderniß aufstellten, es müße diese Vertheidigung in continenti geschehen (s. dagegen das ob. in §. 17 und 24 Ausgeführte) [1].

---

1) S. namentlich Odofredus zu cst. 1. C. Unde vi, Gandinus Tit. de defens. Nr. 6, 7, Angelus a. a. O. Nr. 17. §. Debet und §. Ac etiam, Augustinus ebendas. Nr. 20. Doch findet sich bei Einigen eine allzu weite Auslegung des „in continenti," wodurch man denn allerdings auf ein den öffentlich-rechtlichen Zuständen des Mittelalters gemäßes Ergebniß kam. S. Baldus zu cst. un. C. de his, qui a non dominis (VII. 10), den Ausspruch des Hugolinus das., und Augustinus a. a. O. Man behauptete nämlich, unter gewissen Umständen handle selbst Derjenige noch in continenti, welcher — sei es auch erst nach 10 Jahren — seinen Gegner wieder austreibe, sobald er die Möglichkeit hiezu habe. Dieß gelte z. B. von einem Solchen, den ein „princeps" gewaltsam aus dem Besitze entsetzt habe. (So auch noch J. Harpprecht, disput. II. 19. Nr. 1.)

§. 38.

Das zweite Haupt-Erforderniß der Selbstvertheidigung, die Unmöglichkeit, den drohenden Nachtheil ohne Gefahr für irgend ein Recht anderweitig abzuwenden, ist von den Italienern im Grundsatze ganz richtig aufgefaßt worden.

Jene Gefahr, der man sich nicht auszusetzen brauche, bezeichnen sie näher und vollständig als Gefahr für die Person, d. h. Leben, Integrität, Freiheit, für Ehre und guten Leumund, oder für das Vermögen. So wurde denn auch die Verhältnißmäßigkeit der Vertheidigung gegenüber vom Angriffe jetzt hierher, auf das Maaß des zu dessen Abwendung Unerläßlichen bezogen [1]). Unter der „Gefahr für die Person" hat man sich dabei, gemäß der Ansicht der Meisten, selbst die Gefährdung der bloßen freien Bewegung [2]) zu denken, da von ihnen eine Verbindlichkeit, der Gefahr durch Flucht auszuweichen, unbedingt und allgemein in Abrede gezogen wurde [3]). Allein, obgleich Dieß richtig ist, darf man darum

---

1) S. ob. S. 383 ff. Dieser Uebergang von der äußerlichen Auffassung zum Richtigen tritt am Deutlichsten in zwei praktischen Arbeiten hervor: Baldus consil. II. 237, Alexander de Imola consil. I. 76.

2) Diesen Gesichtspunkt hat unter den Neueren namentlich Berner (im N. A. 1848. S. 561, 578) geltend gemacht, und es ist ihm hierin Levita (Nothwehr S. 190, 237) gefolgt. Indessen lag der richtige Gedanke bereits in der Bemerkung des Bartolus (zu cst. 1. C. Unde vi, VIII. 4), daß das „fugare" selbst schon an sich eine injuria sei (hiefür beruft er sich auf l. 15. §. 1. D. de injur., XLVII. 10), und daß deßhalb Flucht überhaupt nicht gefordert werden dürfe (ebenso, nach Bart., Cäpolla, consil. 29. §. Et immo si non).

3) S. z. B. (außer Cäpolla a. a. O.) Augustinus zu Angelus, Rubr. „Et dictus Titius se defendendo" Nr. 11; Seyssellus zu l. 3. de J. et J. Nr. 67—69, Clarus §. Homicidium nr. 32. — Andere dagegen fordern nur keine schimpfliche oder für Leib oder Leben gefährliche Flucht und meinen deßhalb, ein „miles", „robustus", „nobilis" brauche nicht zu fliehen, weil Dieß für ihn schimpflich wäre; so z. B. Angelus

doch nicht mit einigen Neueren so weit gehen, daß man statt jener Unmöglichkeit, den Angriff anderweitig ohne Gefahr abzuwenden, bloß den Mangel obrigkeitlicher Hülfe als Bedingung der Nothwehr aufstellt [1]). Denn es giebt auch außer

---

a. a. O. Nr. 11, Florianus zu l. 45. §. 4. ad leg. Aquil. Nr. 5, Hippolytus §. Quoniam nr. 84—89. Bartolus unterscheidet an einer Stelle (zu l. 3. D. de J. et J.) nach den Ansichten des Volksstammes, zu welchem der Angegriffene gehört, und benützt Dieß zu einem spöttischen Ausfall auf die Florentiner, denen er die Perusiner als wehrhafte und ehrliebende Leute gegenüberstellt: „Item quaero quid si poteras fugere, et non fugis, dico quod si tu es Perusinus qui times verecundiam. dico quod optime potes, usque ad actum occisionis, quia est magna offensa, et est verecundia. sed in illo qui non timet verecundiam, ut est Florentinus in quo non est verecundia, dico quod si non fugit (*quod tarde evenit*) punitur.“ Angelus Aretinus (a. a. O. Nr. 24) nimmt das offenbar vortheilhafte Urtheil, welches hier über die Perusiner ausgesprochen wird, auch für die Pisaner in Anspruch, und setzt dagegen an die Stelle der Florentiner überhaupt „Angehörige eines minder kriegerischen Volksstammes.“ — Uebrigens scheint Dieß bei beiden Schriftstellern mehr bloß eine Art Scherz, als ihre wirkliche, feste Ansicht zu sein; denn im Allgemeinen verlangte man überhaupt gar keine, nicht bloß keine unschimpfliche Flucht. S. Bart. zu cst. 1. C. Unde vi (VIII. 4) Nr. 8, Angelus de Perusio zu cst. 2. C. ad leg. Cornel., IX. 16. Auch nach Seyssellus und Clarus a. a. O. war Dieß überhaupt communis opinio. Seyssellus nimmt jedoch Geistliche und Diejenigen aus, gegenüber welchen der Angreifer ein Züchtigungsrecht hat.

1) S. z. B. Köstlin, System S. 78—80 (anders noch in der N. Revis. S. 715), Levita S. 235—240. Dagegen haben die richtige Ansicht namentlich Heffter, Lehrb. (fünfte Aufl., 1854, §. 43 zu und in Anmerk. 7—11), Henke, Handb. I. S. 216—218, Marezoll, Criminalrecht (dritte Ausg., 1856, S. 90 zu und in Anm. 6—7); der Sache nach auch Abegg, Lehrb. S. 170 unten bis 171 ob. Es sind hiernach bei Levita's Behauptung (S. 238. Anm. 77), daß „beinahe alle Neueren seit Feuerbach in der Nicht-ergreifung anderer Mittel (also auch der Flucht) nur einen Exceß sehen,“ die genannten Schriftsteller nicht beachtet, welche freilich auch von Köstlin schon S. 90. Anm. 2 in einer Weise angeführt werden, daß man hiernach glauben könnte, Köstlin berufe sich auf sie für seine Ansicht. — Was die gemeinrechtlichen Quellen betrifft, so hat sowohl das römische Recht (s. ob. S. 291—292. Anm.),

der Flucht und der Anrufung der Staatsgewalt manche Mittel, durch welche ein rechtswidriger Angriff auf die angegebene Weise ohne Verletzung abgewendet werden kann: etwa bloßes, augenblickliches Ausweichen um einen oder ein Paar Schritte, und namentlich die einfache Abwehr, zu welcher z. B. auch das Schließen einer zwischen dem Angreifer und dem Angegriffenen befindlichen Thüre gehört. In solchen Handlungen liegt, jedenfalls was die gewöhnlichen Fälle betrifft, ebensowenig eine wahre Beeinträchtigung der Ehre oder des Rechtes auf freie Bewegung, als z. B. darin, wenn ich einem mir einfach auf der Straße Begegnenden ausweiche, um nicht mit ihm zusammenzustoßen. Ein Recht ist nämlich überhaupt nur dann beeinträchtigt, wenn Etwas verhindert wird, was überhaupt irgend einen, wenn auch noch so unbedeutenden, rechtlichen Werth als Ausübung jenes Rechtes hat. So wenig z. B. an einer g a n z werthlosen Sache ein Diebstahl begangen werden kann, ebensowenig ist in den angegebenen Fällen des Ausweichens oder Abwehrens unter gewöhnlichen Umständen eine Beeinträchtigung der Freiheit vorhanden. —

Es nehmen ferner alle unsere Schriftsteller eine **Ueberschreitung** der Nothwehr an, wenn zum Zwecke derselben dem Angreifer eine größere Verletzung unter solchen Umständen zugefügt worden ist, unter welchen auch eine geringere vollkommen hingereicht hätte. Hieraus folgt denn nun unwiderleglich nach einem ganz einfachen logischen Verhältniß, daß gar keine („eigentliche") Nothwehr vorliegt, wo der rechtliche Zweck durch einfaches, gefahrloses Ausweichen, Abwehren ohne alle Verletzung erreicht werden konnte. Ja, so wenig man im ersteren Falle von der Annahme der Ueberschreitung **deß-**

---

als die P.G.O. (s. unten §. 46) die auch von mir vertheidigte Ansicht zur gesetzlichen Bestimmung erhoben.

halb abgehen wird, weil der Bedrohte etwa ein Paar Schritte oder sonst ein Paar Bewegungen mehr machen mußte, um statt der größeren Beschädigung bloß die kleinere zuzufügen, und so wenig man also hierin eine Beeinträchtigung seiner Freiheit finden wird — ebensowenig darf man dieß Letztere im obigen Falle, wo durch einfaches Abwehren oder Ausweichen aller Gefahr vorgebeugt werden konnte.

Bei den alten Italienern deutet keine Spur auf die Ansicht hin, daß an die Stelle des oben erwähnten, allgemeineren Erfordernisses bloß der „Mangel obrigkeitlicher Hülfe" gesetzt werden sollte. Indessen war, wie schon oben bemerkt worden ist, die Anwendung des richtigen Grundsatzes bei ihnen durch ihre Ansichten über den Beweis der Nothwehr manchfach in entgegengesetzter Weise beeinträchtigt.

§. 39.

Aus den Erfordernissen der Nothwehr ergiebt sich das Maaß derselben. Nothwehr ist eben nur dann und insoweit vorhanden, wenn und wie weit alle ihre Erfordernisse vorliegen: wo nun diese Erfordernisse zu einer bestimmten Verletzung, aber nur zu ihr, vorhanden sind, bildet die Beschaffenheit gerade dieser (der zur Abwendung der Gefahr unerläßlichen) Verletzung das (objective) Maaß, die „Gränzen" der Nothwehr. Die Bestimmtheit dieser Verletzung ist aber eine doppelte: nach ihrer Größe und nach der Zeit; mithin kann auch die Ueberschreitung ihrer Gränzen von zweierlei Beschaffenheit sein: Ueberschreitung der Größe nach — wenn eine bedeutendere, als die unerläßliche Verletzung zugefügt wird — und Ueberschreitung der Zeit nach, wenn noch eine Verletzung zugefügt wird, nachdem das Recht zu derselben, also nachdem die Gefahr, auf welcher dieses Recht beruht, zu bestehen aufgehört hat. Im letzteren Falle

aber kann natürlich von Ueberschreitung der Nothwehr nur alsdann die Rede sein, wenn zwischen der letzteren und der Verletzung noch ein unmittelbarer Zusammenhang der Zeit nach besteht, also wenn die Verletzung sofort auf den Angriff gefolgt ist — obwohl der Angriff und die aus ihm drohende Gefahr (als Gefahr) schon gänzlich vorübergegangen war. Allein wenn man diese Beschränkung beifügt, steht in der That gar Nichts entgegen, in solchen Fällen von Ueberschreitung der Nothwehr zu reden. Es war hier — ebensowohl wie in den zuerst genannten Fällen — das Recht zur Nothwehr begründet; aber dieses Recht ist überschritten worden: hier der Zeit nach ebenso, wie dort der Größe der Verletzung nach. Hiegegen kann nicht einmal eingewendet werden, zwischen beiden Fällen bestehe der Unterschied, daß im ersteren die durch Nothwehr gerechtfertigte Verletzung in der wirklich zugefügten begriffen sei: denn Dieß trifft hier nicht überall (z. B. wenn Festnehmung hingereicht hätte, aber Tödtung erfolgt ist) — umgekehrt aber möglicher Weise auch im anderen Falle zu (z. B. wenn der Angreifer während der Gefahr verwundet und hierauf, während er schon hiedurch wehrlos geworden war, etwa in einem und demselbem Anlaufe getödtet worden ist).

Auch diesen Begriff der Ueberschreitung nun haben zuerst die Italiener herausgebildet und auf beide angegebenen Fälle angewendet [1]). Dieß ist nach dem Ausgeführten voll-

---

1) In Bezug auf den ersteren Fall werden die Worte „excedere“, „excessus“ gebraucht z. B. von Angelus und Augustinus a. a. O. Nr. 17—20, Florianus Nr. 6 zu l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2); in Bezug auf beide z. B. von Hippolytus §. Quoniam nr. 63, 64, Seyssellus zu l. 3. D. de J. et J. Nr. 73 ff. (Daß derselbe auch Ueberschreitung der Zeit nach annimmt, geht aus folgenden Worten hervor: „Aut vero quis *excessit* ex proposito: . . . . . . ut est in eo qui fuit percussus: et percussorem suum fugientem persequitur et vulnerat, aut

kommen zu billigen, und was das positive gemeine deutsche Recht betrifft, so wird die für meine Ansicht sprechende Auslegung der P.G.O. Art. 142 nicht nur durch die Worte desselben begründet, sondern sehr bedeutend dadurch unterstützt, daß die Italiener (aus denen doch der Art. 142 sichtlich schöpft) die fraglichen Fälle zum *excessus* defensionis rechnen.

Besondere Beachtung verdient noch Dasjenige, was die Italiener über das Maaß der Vertheidigung gegen wörtliche Ehrenbeleidigungen ausführen. Wie schon oben bemerkt worden ist, wurden gegenüber denselben keine Thätlichkeiten zugelassen; wohl aber sofortige Erwiderung durch andere wörtliche Ehrenbeleidigungen. Diese Erwiderung wurde nun von den älteren Praktikern nicht sowohl aus dem Gesichtspunkte der eigentlichen Vertheidigung, als aus dem der Compensation oder des gerechten Affectes beurtheilt: aus dem der Compensation namentlich von Jacobus de bello visu lib. I. cap. 3. de injur. nr. 21, 22, indem er von der Ansicht ausgieng, daß schon nach römischem Rechte gleiche, von zwei Personen wechselseitig an einander verübte Delicte in der Regel sogar die öffentliche Strafbarkeit gegenseitig aufheben [1]) — eine Ansicht, welche aus der mittelalterlichen Wissenschaft auch in ein päbstliches

---

occidit: et tunc punitur de *excessu* tantum: non de homicidio, quod difficile est justum dolorem compescere);"

Clarus §. Homicid. nr. 34: „alias autem si aggressus *excedat* modum in se defendendo, utique erit puniendus". Hierher, also zum *excessus*, stellt nun Clarus auch den Fall: „si post sedatam rixam, vulneratus ex intervallo insultum faciat in vulnerantem . . . ." — demnach die Ueberschreitung von der zweiten, oben angebenen Art. — Unter den Neueren hat die richtige Ansicht namentlich Heffter, Lehrb. §. 44. Dagegen sind auch hier Köstlin und Levita anderer Meinung (Köstlin System S. 78, Levita S. 263. Anm. 105).

1) S. bes. Odofredus zu cst. 1. C. Unde vi (VIII. 4) Nr. 9 gegen das Ende, Gandinus tit. de defension. a reo faciendis Nr. 6, 7. Delicta notoria wurden ausgenommen.

Rescript (cap. 7. X. de adulter., V. 16) übergegangen ist. Von diesem Standpunkte aus war die dem Maaße nach gleiche, wörtliche Erwiderung der Ehrenbeleidigung überhaupt, nicht bloß wenn sie sofort der letzteren gefolgt war oder es sich nur um Privatstrafe handelte, straflos.

Auf den gerechten, vom Beleidiger hervorgerufenen Affect stützten Angelus Aretinus und Augustinus Ariminensis die Straflosigkeit der sofortigen, wörtlichen Erwiderung (Rubr. Verba injuriosa Nr. 10). Dieß paßte recht wohl zu der ob. S. 383 besprochenen Behauptung, daß jeder Angriff zu einer gleich starken Erwiderung berechtige, also ein Angriff mit Waffen zu bewaffneter Gegenwehr, Angriff mit einem Stock zu Stockschlägen, Angriff mit Worten zu wörtlicher Erwiderung.

In diesen Zusammenhang stellt denn auch Augustinus unseren Fall, ja er gebraucht dafür den Ausdruck „defendere“, womit sichtlich hier nicht das Maaß des zur Vertheidigung Unerläßlichen, nicht die bloße Nothwehr, bezeichnet ist: denn hiegegen spricht nicht bloß der weiter gehende Rechtfertigungsgrund des Affectes, sondern auch das Wort „ulcisci“, dessen sich Angelus an derselben Stelle, und desgleichen das Wort „vindicare“, dessen sich Augustinus selbst an dem anderen, ob. angef. Orte (Rubr. Et dictus Titius se defendendo Nr. 29) bedient.

Die Späteren dagegen, namentlich Seyssellus, Clarus, Bossius und Farinacius, beschränkten die Straflosigkeit der Erwiderung auf die eigentliche Selbstvertheidigung, stritten übrigens darüber, ob zu derselben Worte, wie „mentiris“ noch gehören oder nicht [1]). Das Maaß hängt nun hier aber in

---

1) Seyssellus zu l. 3. D. de J. et J. Nr. 70, Bossius Nr. 86—87, Clarus §. Homicid. Nr. 26, Farinacius qu. 105. Nr. 306—333, qu. 125. Nr. 96—97.

der That von den jeweiligen Ansichten über die Ehre ab. H. z. T. können hierher, unter den Gesichtspunkt der Nothwehr, vom Standpunkte des gebildeten Mannes nur solche, sofortige Erwiderungen gestellt werden, welche die Glaubwürdigkeit eines ehrenrührigen Bezüchtes aufzuheben geeignet sind — mögen dieselben gleich in starken, selbst ehrenrührigen Ausdrücken gefaßt sein, soferne solche möglicher Weise der Erwiderung bei den Hörern erst recht Eingang verschaffen, die Ernstlichkeit der Entrüstung über den Bezücht zeigen müßen u. s. w. Hierauf beschränkten sich nun in der That die zuletzt angeführten Italiener alle, und es kann von diesem Standpunkt aus auch hier der Streit über das „mentiris" einfach gelöst werden, indem dasselbe je nach den Umständen des einzelnen Falles meistens, aber nicht immer, noch auf die Rechnung der Nothwehr zu setzen sein wird.

Weiter aber giengen Harpprecht, Berlich, Carpzov[1]) und ihre Nachfolger, indem sie die zuletzt angeführte italienische Lehre auf deutschen Boden verpflanzten. Sichtlich nahmen dieselben an, daß auch in anderen als den so eben genannten Fällen die Gefahr für die Ehre noch dadurch abgewendet werden könne, daß man sich die Beleidigung nicht gefallen lasse, sondern sofort erwidere. So weit nun war der Gesichtspunkt der Vertheidigung — wenn gleich unter Voraussetzung einer ziemlich rohen Ansicht von der Ehre — immerhin noch anwendbar. Allein die angef. Schriftsteller schoben diesem Gesichtspunkte nun auch Fälle unter, in welchen in der That nicht mehr von Erhaltung, sondern höchstens noch etwa von Wiederherstellung der Ehre die Rede sein konnte und überdieß das Maaß des zur Abwendung des Nachtheiles Nothwendigen

---

1) Harpprecht zu §. 12. J. de injur. (IV. 4) Nr. 90 ff., Berlich conclusio 64, Carpzov qu. 97. Nr. 22 ff.

weit überschritten war [1]). In diesem Umfange gieng die Straflosigkeit der wörtlichen Retorsion, woferne dieselbe nur in continenti geschah, in den gemeinrechtlichen, selbst von den Gegnern der Ausdehnung anerkannten Gerichtsgebrauch des 17ten und 18ten Jahrhunderts über, wozu allerdings die beiden anderen, oben schon berührten Ansichten — die über Compensation auch der öffentlichen Strafen, und über eine vermeintlich hier bestehende Befugniß zur sofortigen Rache — mitwirkten (s. hierüber oben S. 300 in der ersten Anm., und die dort Angef.).

§. 40.

Hinsichtlich der Wirkungen, welche durch die zusammentreffenden Erfordernisse der Selbstvertheidigung bedingt sind, hatten die Italiener über die Hauptfrage, nämlich die Beurtheilung der Verletzung, welche dem Angreifer vom Angegriffenen zugefügt wird, ganz die richtige Ansicht. Sie sahen in dieser Verletzung eine durchaus rechtmäßige Handlung, kein maleficium, ja — mit wenigen Ausnahmen, unter welchen namentlich die Glosse zu l. 3. D. de J. et J. anzuführen ist, nicht einmal eine Sünde vom moralischen oder religiösen Standpunkte aus. Im Allgemeinen stimmte hiemit auch das kanonische Recht überein. Nur Tödtung in der Nothwehr sollte nach einer (sichtlich unrichtigen) Lesart in Distinctio L. can. 8 und der hierauf gestützten Ansicht der älteren Kanonisten, namentlich Innocentius IV., Irregularität (aber keine eigentliche Kirchenstrafe) begründen. Für Tödtung zu bloßer Vertheidigung des Vermögens wurde Dieß in cap. 10 X. de

---

1) S. bes. Carpzov a. a. Nr. 37, 38. Leyser hält gar die Rücksicht auf Vermeidung der Mühen und Kosten, welche ein Ehrenkränkungs-Proceß mit sich brächte, für einen genügenden Grund zur Rechtfertigung der Retorsion (meditat. 542. spec. 9).

homicidio (V. 12) und mittelbar in cap. 18. eod. tit. ausdrücklich gesagt, und in dieser Beziehung blieb die Irregularität auch im neuesten kanonischen Rechte bestehen. Uebrigens konnte und kann sie, wo sie eintrat, nach einer Bemerkung Innocentius des Vierten zu cap. 7. X. de homicidio (V. 12) leicht durch Dispensation gehoben werden, und überhaupt beruht die Irregularität hier nicht etwa auf der Ansicht, als ob die Tödtung in Nothwehr sündlich oder gar rechtswidrig sei, sondern lediglich darauf, daß nach der Ansicht jener Kanonisten diese Folge in der Regel durch jede Tödtung bewirkt werden sollte, welche im Willen des Thäters ihren Grund habe, weil jede solche That als Beeinträchtigung der besonderen, vom Geistlichen geforderten Milde angesehen wurde.

Für die Nothwehr gegen Lebens- und wohl auch, wie Dieß die späteren Kanonisten annahmen, gegen Leibes-Gefahr fiel jedenfalls nach Clem. un. de homicidio (V. 4) auch die Irregularität hinweg, nicht aber auch für die bloße Vertheidigung des Vermögens.

Zwar suchte sie Covarruvias auch für die letzteren Fälle durch einen spitzfindigen Gedanken zu beseitigen, welchen später Andere und neuestens noch Luden, auf das weltliche Recht übertragen haben: allein es war Dieß in der ersteren Beziehung ebenso wenig folgerichtig, als in der letzteren Anwendung, und konnte deßhalb an dem Ergebnisse für das kanonische Recht in der That Nichts ändern. Jener Gedanke ist nämlich folgender:

Gegen Angriffe auf das Vermögen sei man zwar nicht zur Nothwehr, wohl aber zu sonstigem (nicht mit einer Verletzung verbundenem) Widerstande (also zur einfachen Abwehr) berechtigt. Wolle sich nun der Angreifer diesem Widerstande nicht fügen, „indem er“ — wie Luden sagt — „dem Angegriffenen entweder den Besitz gewaltsam zu entreißen oder

denselben gewaltsam zu hindern suche, sich wieder in den verlorenen Besitz zu setzen" — so sei schon hiemit die zur Nothwehr berechtigende Gefahr für Leib oder Leben vorhanden [1]).

Allein dieser Schluß widerstreitet nicht nur dem von Luden aufgestellten Erfordernisse, daß der die Nothwehr begründende Angriff nicht vom Angegriffenen hervorgerufen sein dürfe [2]), sondern kann nur mit der Ansicht zusammenbestehen, welche die Vertheidigung der Vermögensrechte an sich schon vollkommen frei giebt. Gesteht man nämlich die Zulässigkeit der Nothwehr nur für den Fall einer Leibes- und Lebensgefahr zu: so kann man folgerichtig auch gegenüber einem Angriffe auf Leib oder Leben nur solche Verletzungen, welche zur Beseitigung aller Gefahr für Leib oder Leben unerläßlich sind, für vollkommen entschuldigt erklären; denn sonst würde ja doch um eines Rechtes willen, welches die Verletzung des Angreifers nicht rechtfertigen soll, verletzt. Man ist also gezwungen, das oben §. 38 am Anf. aufgestellte Erforderniß dahin zu beschränken, daß der Angegriffene sich dem Angriffe nicht ohne Leibes- oder Lebens-Gefahr habe anderweitig entziehen können [3]), und es kann mithin von diesem Standpunkte aus Demjenigen, welcher durch bloßes Fahrenlassen und Preisgeben seiner Sache Leib und Leben

---

1) Covarruvias zur Clementina Si furiosus, pars III. §. unicus nr. 6; unter den Neueren Luden, Abhandl. Bd. II. S. 481—489; Handb. I. S. 294—296. Vergl. auch J. G. Fichte's Naturrecht Bd. II. S. 82.

2) Luden's Handb. I. S. 300—302. — S. über diesen Widerspruch Köstlin, N. Revis. S. 732.

3) So weit geht zwar Luden selbst nicht, indem er noch die Gefahr für die Ehre nach P.G.O. Art. 140 hinzufügt (Handb. S. 294). Aber die Rücksicht auf das Vermögen nennt er, insoweit folgerichtig, auch hier nicht als eine solche, welche von der Verbindlichkeit, dem Angriff aus dem Wege zu gehen, befreie.

hätte aus aller Gefahr befreien können, statt dessen aber die Verletzung seines Gegners gewählt hat, die rechte Nothwehr nicht als Entschuldigungs-Grund zu Statten kommen. Uebrigens wird ein solcher Fall in der Weise, wie Covarruvias und Luden ihn sich vorstellen müßen, im Leben fast nie vorkommen. Denn auch abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen der Besitzer von Anfang an gar nicht die Möglichkeit der physischen Abwehr hat [1]), steht jener Ausführung das Allgemeinere entgegen, daß der Kampf zwischen dem Verbrecher und dem Besitzer nicht mit der schachspiel-artigen Regelmäßigkeit vor sich geht, wie Covarruvias und seine Nachfolger sie voraussetzen. Nach ihnen müßte man sich die Sache ungefähr so denken: zuerst bedroht oder ergreift der Verbrecher die Sache; der Besitzer hält sie fest oder sucht sie wieder an sich zu reißen, darf aber zu einer Verletzung des Angreifers nur alsdann schreiten, wenn derselbe auf dieses Festhalten u. s. w. hin nicht absteht. Allein im Leben kann, da hier bei solchen Anlässen Alles Schlag auf Schlag zu gehen pflegt, gar nicht auf solche Weise getrennt werden: will der Besitzer einmal überhaupt abwehren, so kann er die Vertheidigung seiner Person von der Behauptung der Sache meist gar nicht trennen, woferne die erstere überhaupt noch Aussicht auf Erfolg haben soll. Nach der Ansicht des Covarruvias u. s. w. müßte der Angegriffene für die *sofort nöthig werdende* Vertheidigung seiner Person selbst den in solchem *regellosem* Kampfe *entscheidenden Vortheil* des *ersten* Stoßes,

---

1) S. *Zachariä* im N. Arch. 1842. S. 427, Köstlin N. Revis. S. 730, 731, Levita S. 227. Der Letztere spricht sich übrigens mit Unrecht so aus, als ob die Widerlegung der Luden'schen Ansicht *hauptsächlich* von Köstlin herrühre, während hierin doch schon Zachariä a. a. O. mit treffenden Gründen vorangegangen war, welche auch Köstlin in seine Ausführung wieder mit aufgenommen hat.

Schusses u. dergl.[1]) aus der Hand geben, weil ja der Angriff die zur Ausübung desselben erforderliche Richtung gegen Leib oder Leben erst in Folge der einfachen Abwehr erhielte[2]).

§. 41.

Die Frage, ob auch einem Dritten, welcher dem Angegriffenen Hülfe leistet, die Rechtmäßigkeit der Vertheidigung zu Statten komme, wurde zwar von der Gl. zu l. 3. D. de J. et J., desgleichen von Gandinus und Bonifacius[3]), nur unter Voraussetzung eines näheren persönlichen Verhältnisses zwischen dem Angegriffenen und dem Dritten, von sämmtlichen späteren Schriftstellern aber allgemein bejaht[4]). Hiebei wird

---

1) Dieser Vortheil war auch den praktischen Juristen des italienischen Mittelalters wohl bekannt. So berufen sich (in einer anderen Frage) Augustinus u. A. auf das damalige Sprüchwort: „huomo assaltato è mezzo perduto" und ähnliche (s. z. B. August. zu Angelus Aretinus, Rubr. Et dictus Titius se defendendo Nr. 13).

2) Da sich hiernach die ob. besprochene Wendung als so ziemlich unpraktisch darstellt, ist es nicht richtig, daß man mittelst derselben, wie Luden Abh. II. S. 488 glaubt, im Wesentlichen auf dasselbe praktische Resultat komme, wie die gewöhnliche Lehre es mit sich bringt.

3) Gandinus, Tit. de defension. Nr. 1 ff., 11; Bonifacius, Tit. de homicidio §. Item generaliter in omni alio casu und Tit. de insultu §. Et idem dico, Tit. Quis alium possit offendere §. Item licet patri ff., Tit. de iusultu §. Et idem dico.

4) S. z. B. Angelus Aretinus Rubr. Et dictus Titius se defendendo Nr. 1, 2, 4; Augustinus ebendas., Florianus zu l. 45. §. 4. ad leg. Aquil. Nr. 8–10; Baldus (Nr. 18), Albericus (Nr. 7, 16), Fulgosius (Nr. 4), Seyssellus (Nr. 85) zu l. 3. D. de J. et J.; Decius consil. 469, 678. Nr. 5—6, Clarus §. Homicidium Nr. 27. — Bei Albericus findet sich schon die richtige positivrechtliche Ableitung aus l. 9. §. 1. D. quod met. c., IV. 2.

Auch nach kanonischem Rechte hat die Tödtung zur Vertheidigung von Leib oder Leben eines Andern nicht nur nicht die Excommunication (wie einige der ältesten Kanonisten glaubten), sondern nicht einmal Irregularität zur Folge. Denn nach Analogie des Satzes „Et quidem cum

als Grund von Baldus, Augustinus Ariminensis u. s. w. der richtige Satz geltend gemacht: jeder rechtswidrige Angriff enthalte mit eine Verletzung des Gemeinwesens und dürfe schon deßhalb von Jedem aus dem Volke abgewehrt werden. Indessen geben dabei Manche den Rath, der Dritte solle, um in dieser immerhin bestrittenen Frage ganz sicher zu gehen („ad tollendas omnes opiniones"), der Vorsicht halber sich von dem in Nothwehr Befindlichen einen Auftrag ertheilen lassen; — nur zwischen Solchen, die schon in einer näheren persönlichen Verbindung, Verwandtschaft, Genossenschaft u. s. w. mit einander stehen, wird selbst diese Vorsichtsmaaßregel für überflüssig erklärt.

Eine andere Frage dagegen ist die über die Beurtheilung von Verletzungen, welche der in Nothwehr Befindliche selbst unbetheiligten Dritten zufügt, um der Gefahr zu entgehen. Unter den rechtlichen Begriff der Nothwehr fallen solche Verletzungen nur dann, wenn sie dem Angreifer zugedacht waren, aber gegen den Willen des Handelnden einen unbetheiligten Dritten getroffen haben [1]). In diesem Falle können sie niemals als vorsätzliche Verbrechen beurtheilt werden, weil der Handelnde rechtmäßig zu handeln glaubte, also das

---

liceat" etc. in cap. 6. VI. de sent. excomm. (V. 11) darf man auch umgekehrt von Demjenigen, was zur Selbstvertheidigung gestattet ist, auf die Vertheidigung Anderer schließen und mithin die für den ersteren Fall nach Clem. un. de hom. (V. 4) im angegebenen Umfange feststehende Ausschließung der Irregularität analog auch auf den letzteren Fall anwenden. S. Covarruvias relect. Clem. Si furiosus ps. III. nr. 5, Levita, Nothwehr S. 60—61. — A. M. waren übrigens bis auf die Zeit des Ersteren alle Schriftsteller und sind noch jetzt die Kirchenrechtslehrer.

1) Zu den Angreifern im rechtlichen Sinne schon gehören hier natürlich alle Theilnehmer und Gehülfen des Angriffes. — Ausdrücklich wird die Verletzung derselben als straflos von Angelus und Augustinus a. a. O. Nr. 23 genannt.

zum vorsätzlichen Verbrechen erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht hatte.

Dagegen sind solche Verletzungen bald zur Fahrlässigkeit zuzurechnen, bald als bloße Zufälle straflos zu lassen: Ersteres, wenn die Abirrung nach den Umständen des einzelnen Falles einem so großen Mangel an Vorsicht oder Aufmerksamkeit zur Last gelegt werden muß, wie ein solcher überhaupt als strafbare culpa bei der bestimmten Verletzung in Betracht kommen kann.

Gar nicht unter den Begriff der Nothwehr, sondern unter den des Nothstandes gehören solche Verletzungen, welche der Angegriffene nothgedrungen einem Dritten mit dem Willen zufügt, gerade diesen zu verletzen, z. B. Demjenigen, welcher sich zwischen ihn und den Gegner in der Absicht wirft, sie zu trennen (dem „mediator"). Diese Fälle werden nun schon von den Italienern [1]) unter den richtigen Begriff gestellt, allein je nach der Verschiedenheit der Ansichten über den Nothstand verschieden beurtheilt. Für Straflosigkeit waren z. B. Augustinus a. a. O., Seyssellus (Nr. 55 zu l. 3. D. de J. et J.), Clarus (§. Homicid. Nr. 3), welcher Letztere dabei bemerkt, daß solche unglücklich ausfallende Vermittlungs-Versuche sehr häufig vorkommen.

§. 42.

Die Verletzungen, welche dem rechtswidrigen Angreifer in Ueberschreitung der Nothwehr zugefügt werden, sind bald als vorsätzliche, bald bloß als fahrlässige Verbrechen zu beur-

---

1) S. Augustinus a. a. O. Nr. 33, Angelus de Perusio zu cst. 2. C. ad leg. Cornel. de sicar. (IX. 16), Florianus zu l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2). — Angelus Aretinus will Tödtung in solchen Fällen bestraft wissen (Rubr. Et dictus Titius se defendendo Nr. 33).

theilen; als letztere namentlich auch alsdann, wenn der Handelnde die Verletzung zwar gewollt, aber dabei sich vermöge unentschuldbaren Irrthums in der irrigen Meinung befunden hat, als ob dieselbe zu seiner Vertheidigung nothwendig, also nicht rechtswidrig sei. Eine vorsätzliche **Handlung** ist die Verletzung hier allerdings, aber keine vorsätzlich rechtswidrige, also kein vorsätzliches **Verbrechen**[1]); die Fahrlässigkeit aber liegt eben in der Verschuldung jener irrigen Meinung. Von selbst versteht sich natürlich, daß auch hier nur solche Verletzungen, welche überhaupt im Falle der Fahrlässigkeit bestraft werden, als fahrlässige Verbrechen in Betracht kommen können (z. B. wohl Tödtungen, Körperverletzungen, nicht aber bloße Vergewaltigung).

Es ist nun aber auch in den Fällen vorsätzlicher Ueber-

1) Auf einem Uebersehen dieses wesentlichen Begriffs-Unterschiedes, welcher jedoch in der Literatur unserer Frage meines Wissens nirgends in seiner Schärfe aufgefaßt ist, beruht (mit) die irrige Behauptung Hufnagel's, daß nach württembergischem Rechte in dem bezeichneten Falle die etwa vorgefallenen Tödtungen oder Körperbeschädigungen als vorsätzliche Verbrechen des Todtschlages, der Körperverletzung aufzufassen seien (Komm. z. württ. St.G.B. Bd. III. S. 133—135): denn auch das württ. Recht versteht doch ganz gewiß unter einem vorsätzlichen Verbrechen keine Handlung, bei welcher das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt. S. auch die Ausführung des württ. Kassationshofes in Sarwey's Monatschrift f. d. Justizpflege in Württemberg, Bd. XIX., außerord. Lieferung, S. 109 ff. — jetzt auch in Temme's Archiv Bd. II. (1855) S. 1—3. Was Köstlin, System S. 95. Anm. 2 und mit denselben Worten Levita, Nothwehr S. 257. Anm. 97 a. E. gegen Hufnagel bemerken, drückt den richtigen Gedanken nicht bestimmt genug und ohne die erforderliche Begründung aus. Auch Breidenbachs Bemerkung (Komm. Bd. I. S. 630) ist vom allgemeinen Standpunkte nicht genügend. Was Levita S. 252—253. Anm. 92 über eine frühere, allerdings nicht zu billigende Ansicht des württ. Obertribunals berichtet, ist nach der oben angef. Entscheidung dieses Gerichtes längst veraltet. Auch ist die Ausführung Levita's an dieser Stelle insoferne unvollständig, als er nur die frühere, richtige, nicht die spätere falsche Ansicht Hufnagel's erwähnt.

schreitung Strafe natürlich nur insoweit verwirkt, als eben die Verletzung über das Maaß des Nothwendigen hinausgeht, und selbst hiebei muß die Veranlassung des Verbrechens durch den ungerechten Angriff unter sorgfältiger Beachtung aller Umstände als strafmindernd oder =mildernd in Betracht kommen — und zwar sowohl wegen des gerechten Affectes, als wegen der äußeren Lage, welche schon an sich das Abwägen der Umstände und Entschlüsse häufig erschwert oder gar unmöglich macht [1]). Dieß drücken schon die alten Italiener so aus: insultatus non potest habere stateram in manibus. Ueberhaupt haben sie in beiden angegebenen Beziehungen — sowohl was die begriffliche Auffassung, als was die gelindere Beurtheilung der Ueberschreitung betrifft — meist grundsätzlich den richtigen Standpunkt [2]). Nur darin irren sie, daß sie gewisse, im Affecte verübte Verletzungen bald nur als fahrlässige, bald als ganz straflos betrachtet wissen wollen [3]).

---

1) So auch nach der ausdrücklichen Bestimmung des kanonischen Rechtes (X. V. 12. de homicid. cap. 18 in dem Worte „penitus" des letzten Satzes) und der P.G.O. Art. 142 in den Worten: „nemlich ist hierinn zu merken" u. s. w. —

2) Von Denjenigen, welche noch den germanischen Satz von der Straflosigkeit der dem auctor rixae zugefügten Verletzung aufstellen, wie namentlich Gandinus, gilt Dieß natürlich nicht (s. oben S. 368, 370 ff., 383 f.). Auch griffen, was den Erfolg betrifft, bei den Späteren die Ansichten über den Beweis der Nothwehr beschränkend ein. Die richtigen materiellen Grundsätze aber finden sich bei allen diesen Späteren wenigstens in der Hauptsache. — S. z. B. Angelus und Augustinus a. a. O. Nr. 17—20, Florianus zu l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. Nr. 6, Hippolytus §. Quoniam nr. 61—64, 67—84; Seyssellus zu l. 3. de J. et J. Nr. 73—77, Clarus nr. 34.

3) Jacobus ab Arena zu cst. 2. C. IX. 16, Baldus z. cst. 1. C. VIII. 4, Angelus und Augustinus a. a. O., Hippolytus §. Quoniam Nr. 84—85 wollen den bereits Verwundeten, welcher seinen fliehenden Angreifer sofort entleibt, nur wegen fahrlässiger Tödtung, Albericus will ihn sogar überhaupt nicht bestraft

§. 43.

Beweis der Nothwehr.

Der Beweis in Fällen, bei welchen die Nothwehr in Frage kommt, ist ganz derselbe, wie in den sonstigen Strafsachen. Die Nothwehr muß hier gerade ebenso beurtheilt werden, wie sonst ein Umstand, welcher die Strafbarkeit aufzuheben oder zu vermindern geeignet ist. Es ist also die Rechtswidrigkeit der Handlung, mithin das Dasein eines Verbrechens so lange nicht voll bewiesen, als für die Annahme der Nothwehr ein erheblicher Grund besteht [1]).

---

wissen (Nr. 7 zu l. 3. de J. et J.; ferner zu l. 1. §. 11. Si quadrupes und zu l. 52. §. 1. ad leg. Aquil.). — Florianus Nr. 3 zu l. 52. §. 1. ad leg. Aquil. will die Ueberschreitung überhaupt, soferne sie nicht ex proposito, also wenn sie entweder fahrlässig oder im Affecte geschehe, Seyssellus (Nr. 77 zu l. 3. de J. et J.) allgemein minder bedeutende Ueberschreitung („modicus excessus") straflos lassen.

1) Der allgemeinere Satz, von welchem Dieß nur eine einzelne Anwendung ist, wird gewöhnlich, in der Wissenschaft und in Gesetzen, z. B. in der württemb. Strafproceßordnung von 1843. Art. 356, so ausgedrückt: „es dürfe nicht eine die Strafbarkeit aufhebende Thatsache mindestens bis zur Wahrscheinlichkeit erhoben sein". Allein Dieß ist zu eng. Wahrscheinlich im richtigen Sinne der Wissenschaft sowohl, als des gemeinen Lebens, ist für den Richter nur Dasjenige, zu dessen Annahme er, in Vergleichung mit der Annahme des Gegentheils, überwiegenden Grund hat. Soll aber die thatsächliche Voraussetzung der Strafbarkeit, nämlich das Dasein eines (noch nicht rechtlich getilgten) Verbrechens, voll bewiesen sein, so darf nicht bloß kein überwiegender, sondern überhaupt gar kein erheblicher Grund vorhanden sein, das Gegentheil hievon, also den Mangel irgend eines Erfordernisses anzunehmen, welches zu jener Voraussetzung gehört. Ein Erforderniß jedes Verbrechens ist namentlich die Rechtswidrigkeit, welche z. B. eben bei der Nothwehr fehlt. Wo nun für die Rechtmäßigkeit der Handlung, z. B. wegen Nothwehr, oder für irgend einen anderen die Strafbarkeit aufhebenden Umstand auch nur ein erheblicher Grund spricht, da bleibt ein rechtlich begründeter Zweifel, und ist also die Voraussetzung, welche zur Strafbarkeit erfordert wird, nicht rechtlich gewiß.

Hievon gehen im Allgemeinen auch die Italiener aus; sie lassen es daher zur Abwendung der Verurtheilung hier genügen, wenn auch nur verdächtige Zeugen, z. B. nahe Angehörige des Angeschuldigten, zu Gunsten der Nothwehr aussagen, oder wenn die Erklärungen der Zeugen auf ein bloßes Glauben lauten oder in gewisser Beziehung ein Urtheil enthalten, z. B. das: der Angeklagte habe sich nicht anders vertheidigen, der Gefahr nicht auf andere Weise entgehen können [1]).

Auch sonst erscheint bei den Italienern der Einwand der Nothwehr durchaus als sehr begünstigt: es ist hier keine Spur von solchen Erfordernissen, welche — wie es im germanischen Rechte wenigstens auf den ersten Anblick da und dort scheinen könnte — mittelbar das (materielle) Recht der Vertheidigung selbst irgendwie beschränkten. Im Gegentheile sind die zahlreichen Vermuthungen, welche die Italiener hier, wie in anderen Lehren, aufstellen, fast ohne Ausnahme Demjenigen günstig, welcher sich auf Nothwehr beruft [2]). Freilich machen diese

---

1) S. z. B. Angelus Aretinus a. a. O. Nr. 18, Decius, consil. 459. Nr. 4—9, consil. 469. Nr. 5—10; vergl. auch consil. 678. Nr. 7, 8.

2) Allgemeine Ansicht war, daß, wie noch die P.G.O. Art. 142 in d. W. „sondern der verklagt todtschläger . . . . . . zugelassen und gestelt werden" es ausspricht, zu Gunsten Desjenigen, welcher zuerst mit einer Waffe rechtswidrig angegriffen worden ist, Nothwehr vermuthet werden soll, so daß also Dieser zunächst Nichts weiter, als den bewaffneten Angriff beweisen muß, um seinen Nothwehr-Stand darzuthun. S. bes. Angelus de Perusio zu cst. 2. C. IX. 16, Angelus Aretinus und Augustinus a. a. O. Nr. 11 ff., Florianus zu l. 1. §. 11. D. IX. 1. Nr. 2, zu l. 45. §. 4. D. IX. 2. Nr. 1—3 und zu l. 52. §. 1. ejusd. tit. Nr. 2, Clarus a. a. O. Nr. 33. Letzterer erklärt es für die gemeine Ansicht, daß der Angesch. nicht gerade die *„necessitas defensionis"* zu beweisen brauche, sondern nur so Viel darthun müße, daß er zu seiner defensio gehandelt habe; hiefür aber — setzt Clarus, wieder mit der comm. sent., hinzu — genüge der Nachweis, daß der Gegner sich mit

Schriftsteller auch in dieser Lehre, wie sonst im Strafverfahren den Fehler, Worte und Rechtssätze, welche eigentlich nur für den Civilproceß passen, auf das erstere herüberzunehmen; so den Namen der exceptio, die Aufstellung und Vertheilung wahrer Beweislast.

Es kann deßhalb gegen die richtige Ansicht der Italiener von der vollen Rechtmäßigkeit der Vertheidigung insbesondere daraus Nichts abgeleitet werden, daß sie die Berufung auf Nothwehr als exceptio bezeichnen [1]): denn Dieß beruht lediglich auf jenem bei ihnen durchaus gebräuchlichen, aber in unserer Lehre dem Angeschuldigten unschädlichen Herübernehmen civilprocessualischer Benennungen auf das Strafverfahren. Hieraus ergiebt sich denn auch die gänzliche Grundlosigkeit Dessen, was Zöpfl für seine unrichtige Auffassung des deutschen Rechtes daraus schließen will, daß derselbe Ausdruck und einige andere, von denen das Gleiche gilt, bei dem ganz den Italienern folgenden deutschen Schriftsteller Sebastian Brant vorkommen.

---

der Waffe gegen ihn herbewegt habe („quod ejus adversarius veniebat armatus contra ipsum"). Augustinus a. a. O. Nr. 13 begründet dasselbe Ergebniß folgendermaaßen: „Ex quibus colligo, quod eo ipso quod probo, quod tu cum armis insultasti me satis dicor probasse defensionem meam. s. quod occidi te ad meam defensionem. et hoc modo lex praesumit quod insultatus erat in periculo. juxta illud vulgare. Huomo assaltato mezo perso o morto. Vires enim multo magis excellunt et excedunt in persona illius qui aggreditur, quam in persona ejus, qui aggressus est: quod insultatus insultans est praevisus, insultatus (?) vero non. Et ideo recte voluerunt doctores quod contra insultantem alium et auctorem rixae praesumatur ......" Weitere, sehr in's Einzelne eingehende Vermuthungen s. bei Albericus zu l. 3. D. de J. et J. und zu l. 1. §. 11. D. Si quadrupes, und bei Fulgosius zu der letzteren Stelle.

1) So z. B. Gandinus, Tit. de defension. a reo faciendis Nr. 13.

§. 44.

Gerade auf Sebastian Brant's Aeußerungen über die Nothwehr nun legt Zöpfl sehr großes Gewicht, indem er, in vollständigem Gegensatze zu dem am Schlusse des vorigen §. Bemerkten bei Brant nicht die römische, sondern die angebliche deutsche Auffassung der Nothwehr finden will. — Wäre es der Mühe werth, so könnte man in der That für jeden einzelnen Satz Brant's in unserer Lehre den Vorgang theils in römischen, kanonischen und biblischen Stellen, theils aber, und besonders, bei den italienischen Schriftstellern des Mittelalters nachweisen. Da aber ein eigentlicher Streit über diesen Gegenstand nicht wohl sein kann, so ist Jenes füglich zu unterlassen und nur ein Punkt hervorzuheben, welcher auch Köstlin und Levita entgangen ist. Zöpfl beruft sich (S. 318) namentlich auf die Ausführung, welche Brant im Klagspiegel, Tit. de actione legis Aquiliae über einen, wie Z. glaubt, „wahrscheinlich in Basel oder Straßburg verhandelten Rechtsfall" giebt und hält dessen Entscheidung für besonders dienlich zur Aufklärung der damaligen Ansicht über das Wesen der Nothwehr. Aus dieser Entscheidung will Zöpfl auf die Auffassung der letzteren in jener Zeit den sehr gewichtigen Schluß ziehen, man habe damals zur Entschuldigung durch Nothwehr gefordert, daß der Thäter in der Aufregung und nur mit dolus indeterminatus gehandelt habe (S. 319). Dieß hält nun Z. für eine sehr „feine, beachtenswerthe Idee", und nach Demjenigen, was er über das Verhältniß der Bambergensis und P.G.O. zu Brant vorangeschickt hat (S. 313 bis 317, 320) [1]) müßte man denken, es solle diese Auffassung

1) Uebrigens ist hier die Bedeutung Brant's für die Schwarzenberg'schen Rechtsbücher zum Wenigsten sehr überschätzt. Im Gegentheile zeigen

auch der P.G.O. unterlegt werden. Nur Schade, daß dieses ganze Gebäude von Vermuthungen gegenüber einer einzigen Pandektenstelle zusammenfällt. Jener Brant'sche Rechtsfall ist nämlich gar nichts Anderes, als eine nicht ganz buchstäbliche Uebersetzung der von den italienischen Juristen des Mittelalters so unendlich oft erläuterten *l. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil.*, und Dieß hat weder Z., der doch eine „Revision" der Lehre von der Nothwehr unternimmt, noch einer seiner Gegner bemerkt.

Brant's Stelle lautet nämlich in der vor mir liegenden

---

gerade die Stellen, in welchen die Bambergensis und Carolina von der Nothwehr handeln, unzweideutig, daß Schwarzenberg die römischen Quellen-Aussprüche und jedenfalls einige von den mittelalterlichen Italienern gekannt hat — wenn auch nur vielleicht durch Privatmittheilung seiner gelehrten Freunde, die ihm ja auch sonst als Uebersetzer dienten. So beweisen z. B. die Schlußworte im Art. 165 der Bambergensis offenbar Bekanntschaft mit Gandinus; denn wenn sie sich auch, wie in neuerer Zeit wiederholt bemerkt worden ist, auf das alte Bamberger Stadtrecht §. 58 beziehen, so wäre es dennoch, ja sogar eben deßhalb, ohne jene Voraussetzung höchst befremdlich, wie Schwarzenberg dazu gekommen sein sollte, die von ihm verworfene Ansicht so zu bezeichnen: „ist auch mit seyner gegenwerh nit schuldig zu warten, bis er geslagen wird, als etlich unverstendig leut meynen." — Die letzten Worte deuten doch schon an sich nicht auf ein Rechtsbuch, sondern auf die Ansicht Einzelner hin und sind offenbar Nachbildung der Gandinus'schen: „illud autem dixerunt quidam simplicitate nimia" Nr. 8 im Tit. de defension. a reo faciendis — wobei allerdings Schwarzenberg das alte Bamberger Recht wohl mit treffen wollte (s. ob. S. 396). — Ferner erinnert die Definition der Nothwehr im Art. 140 unzweideutig an die Art und Weise, wie die Italiener diesen Begriff erklärten: sogar die einzelnen Worte „überlaufen" „anfechten", „schlagen" entsprechen hier ganz bestimmt dem „insultare", „aggredi", „percutere", das in den italienischen Schriften unzählige Male wiederkehrt (s. ob. S. 395 f.). Die Vorschriften der Art. 141—143 über den Beweis sind, wenn gleich mit Selbstständigkeit, doch in genauem Anschluß an die Italiener gegeben (s. u. §. 46, ob. §. 43), und der Art. 145 läßt auf Kenntniß der l. 45. §. 4. ad leg. Aquil. (IX. 2) schließen (s. oben S. 318—319. Anm. 2).

Straßburger Ausg. des Klagspiegels von 1533 Bl. 89 folgendermaaßen:

„Item der ist dieser clag" (d. h. der actio ex lege Aquilia) „nicht pflichtig, der etwas thůt in schirmß weiß, unnd alßbald in der selben weiß daß er sich schirmen wölle, als wann du mir gewalt thůst mit waffen, ich mag dir mit waffen widersteen, und anders nit. Uñ auß diser vernunfft zimpt mir zuo tödten den dieb in d'nacht begriffen, so ich jm mein schaden an meiner habe nit übersehen mag, als der weinschenck, da er sein latern mit dem liecht wieder haben wolt vom dieb und jm nicht übersehen mocht, das ist der casus, Ein taberner hat ein laternen mit eim brinnenden liecht für sein schenckstatt des nachts gesatzt, einer kam unnd nam jm die laternen, dem lieff der taberner nach, und fordert sein latern wider, er schlůg den taberner mit einer geyseln gar übel, auß demselben ward der hader noch grösser, also das der taberner dem dieb ein aug ausschlůg, und sein latern wider nam. Nun ward gefraget, ob der taberner dem dieb umb das aug etwas schuldig were, und ward geantwurtet, hat der taberner sollichs nit arglistigklich gethon, so were er nichts schuldig, hatt ers aber mit argemlist gethon, so were er schuldig diser clag, doch so soll ich sollichs mit geschrey bezeugen. Aber den diebe am tag begriffen, mag ich tödten, ist daß er sich mit waffen, mit geschütz, telum in latin beschirmet und werte, und anders nit, und sollichs soll ich auch mit geschrey bezeugen. Wann alles das, damit sich einer weret oder andern schediget, heyßt waffen, es sein stein oder messer ꝛc. Deßgleichen ist, wo ich ein andern, der nit ein dieb ist, so er mein mit waffen begert, und ob er mich noch nicht geschlagen hat, es ist genuog der schreck der waffen, auff das, daz mir das wören oder schürmen günte und erlaubt sey. „Wo ich aber, so ich jn möcht begreiffen, und wolt jn lieber tödten, ich binn schuldig."

Neben dem Texte sind auf dem Rande einige Stellen aus Justinian's Rechtsbüchern angeführt, nämlich am Anfange des so eben ausgehobenen Abschnittes

die l. 45. §. 4. D. ad leg. Aq., IX. 2;

gegen den Schluß hin außer dem §. 5. J. de publ. judic. IV. 18, dessen Anführung sich nur auf den Sinn des Wortes telum bezieht,

die l. 4. §. 1., l. 5. und l. 52. §. 1. ad leg. Aquil. (IX. 2),

und aus der letzteren Stelle ist augenscheinlich das Beispiel genommen, welches Brant in der oben abgedruckten Stelle zwischen seine theoretische Ausführung eingeschaltet hat.

Freilich ist bei Brant die Laterne mit einem brennenden Lichte versehen, das von Alfenus nicht ausdrücklich genannt wird, und andererseits fehlt bei Brant der „dolon“ in der Geißel — sei es daß er dieses Wort nicht verstand, oder daß ihm die bestrittene Lesart Zweifel machte. — Allein dieser Abweichungen ungeachtet, und obgleich Montesquieu's Ausspruch, daß die überall gleichen Leidenschaften der Menschen überall Aehnlichkeit der Ereignisse zur Folge haben, gewiß auch auf Straffälle anwendbar ist, kann man doch sicherlich nicht annehmen, daß ganz derselbe Fall, welcher s. Z. dem Alfenus zur Begutachtung vorgelegen hatte, sich zur Zeit und am Wohnorte des ersten deutschen Schriftstellers, welcher eine, so zu sagen, wissenschaftliche Bearbeitung der Lehre von der Nothwehr lieferte, wiederholt haben sollte.

Uebrigens sind die Worte, welche Zöpfl als Brant's Entscheidung anführt, gewiß nicht richtig. Z. liest nemlich so:

„het der taverner sölich nicht arglistigklich getan, so wäre er nichts schuldig; hette er es aber mit argelist getan, so wäre er schuldig dieser klag, doch so er sölichs mit geschrey bezeugen

(könnte"). Das letzte „er" bezieht Zöpfl auf den Verwundeten, indem er in einer Klammer beifügt: sc. der Dieb (ebenso Geyer, Nothwehr S. 132). Dagegen lauten die Worte in der vor mir liegenden Ausgabe von 1533 so:

„doch so soll ich sollichs mit geschrey bezeugen"

und Dieß ist, wenn auch Zöpfl's Exemplar „er" statt „ich" haben sollte, nach dem Zusammenhange und der ganzen Bildung des Satzes das Richtige; man könnte das „er" nur höchstens als einen Druckfehler ansehen. Hiernach gehören die Worte „doch so soll ..... — bezeugen" gar nicht mehr zu dem Rechtsfalle, sondern sie beziehen sich auf den vorangegangenen Satz „uñ aus dieser vernunfft ..... übersehen mag" und nehmen den Faden der theoretischen Ausführung wieder auf. Brant's „Entscheidung" ist mithin gar nichts Anderes, als eine Umschreibung der Worte „nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum injuria datum" in dem angef. Responsum des Alfenus (l. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil.). Denn in dem Sprachgebrauche jener Zeit ist „arglistig" eben überhaupt s. v. a. „geverlich", „dolos" und bedeutet es mithin ganz Dasselbe, wie das „data opera" der Römer. Dieß geht mit voller Bestimmtheit aus dem Art. 146 der P.G.O. hervor (vergl. hiezu Wächter im N. Arch. Bd. 14 S. 108, Lehrb. des Strafr. S. 300—302). In unserem Falle aber hätte das geflissentliche („arglistige") Ausstoßen des Auges schon nach der römischen Auffassung, welche Brant einfach wiedergiebt, die actio ex lege Aquilia deßhalb begründet, weil es nach den besonderen Umständen dieses Falles jedenfalls eine Ueberschreitung der Nothwehr gewesen wäre.

So wenig man nun hieraus schließen kann, daß die Römer zur Straflosigkeit einer Nothwehr-Handlung überhaupt „Aufregung" und Mangel des dolus determinatus gefordert haben, ebensowenig geht Dieß in Bezug auf Brant's Stelle

an, da diese in keiner Weise von der römischen Entscheidung abweicht, sondern dieselbe im Gegentheil einfach wiederholt.

Im Uebrigen kann in Bezug auf Brant's Auffassung der Nothwehr auf das Dasjenige verwiesen werden, was hierüber schon von Köstlin (System S. 80 unten, 81 oben), von Levita (Nothwehr S. 137 ff.) und von mir ob. am Ende des vorigen §. gesagt worden ist. Nur Eines mag in Bezug auf Köstlin's Bemerkung in Anm. 9, welche Levita S. 140 weiter ausgesponnen hat, noch beigefügt werden. Aus der ungenauen Redeweise, in welcher sich Brant des Wortes „Malefiz" bedient, kann man um so weniger irgend Etwas schließen, als der Ausdruck „maleficium" gerade so schon bei Gandinus, dem B. vorzugsweise folgt, vorkommt, ja sogar der Römer Paulus (l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil.) das Wort culpa eben auch für denselben Rechtssatz in dem nämlichen ungenauen Sinne gebraucht hat [1]).

§. 45.

Es bedarf nur der einfachsten Vergleichung Desjenigen, was oben über die Gestaltung unserer Lehre in der mittelalterlichen Wissenschaft ausgeführt worden ist, mit den Art. 139 ff. der P.G.O., und man wird sofort gar nicht im Zweifel darüber sein können, daß das Reichsgesetz durchaus der richtigen Auffassung der Nothwehr folgt, so wie dieselbe in dem römischen Rechte begründet und von den Italienern in's Einzelne verfolgt worden war. Ebendeßhalb ist denn auch die genauere

1) Letzteres hat schon Fulgosius zu der l. 45. §. 4 angedeutet. Die oben gemeinten Stellen von Gandinus sind Nr. 1 und 13 im Tit. de defension. a reo faciendis. Dagegen unterscheidet Florianus Nr. 1 zu l. 52. §. 1. ad leg. Aquil. ganz richtig, indem er sagt: wer sich auf Nothwehr berufe, läugne nicht die That (factum), sondern nur das Verbrechen (maleficium). — Das Obige gilt jetzt namentlich auch gegen Geyer, S. 132 Z. 1.

Betrachtung der italienischen Ausführungen (ob. §§. 28—43) von höchster Bedeutung für das richtige Verständniß des gemeinen deutschen Rechtes, das von der P.G.O an unter der unmittelbaren gesetzlichen Herrschaft derselben stand. Es ist keineswegs richtig, daß, wie auch Levita S. 144 wieder ungeachtet der längst von Wächter gegebenen Widerlegung, behauptet, die P.G.O. „eben nur eine Anleitung für die an den peinlichen Gerichten Sitzenden sei, die hier im Falle des Bedürfnisses einen vernünftigen Rath niedergeschrieben finden, der sie ebensowohl im Laufe des Processes, als bei der Findung des Urtheils unterstützen solle;" vielmehr war die P.G.O. zwar kein systematisch vollständiges, aber ein gebietendes Gesetz, das dem Richter nicht bloß Rath und Unterstützung, sondern Vorschriften und Befehle ertheilt. Dieß ergiebt sich aus dem Publications-Patente unseres Gesetzes sowohl, als aus den ihm vorangegangenen Reichstagsverhandlungen, wie bes. Wächter („gem. Recht Deutschlands" S. 20—22) nachgewiesen hat.

Allein die P.G.O. giebt allerdings ihre Gebote meist nicht in allgemeiner Form, und so nennt sie denn auch bei der Nothwehr hauptsächlich nur den wichtigsten Fall (s. ob. S. 356, 397): Tödtung Desjenigen, welcher einen Anderen auf Leib oder Leben angreift. — Hieraus kann aber eben deßhalb, weil Dieß ihre allgemeine Weise ist, für die Beschränkung der Nothwehr in Zöpfl's oder Luden's Sinne ebensowenig Etwas geschlossen werden, als man z. B. annehmen kann, die Bestimmungen der Art. 164, 175 über Behandlung jugendlicher Verbrecher sollen gerade nur beim Diebstahle zur Anwendung kommen. Ueberdieß thut ja hier, bei der Nothwehr, die P.G.O. nur ganz Dasselbe, was ihre Vorgänger, die italienischen Rechtsgelehrten, gethan hatten, von denen doch Niemand wird behaupten wollen, daß sie die

Nothwehr bloß in einer jener engeren Bedeutungen aufgefaßt haben (s. ob. S. 397).

Näher ist die systematische Stellung der Nothwehr folgende: sie wird zu den „unlaugbarn todtschlegen" gestellt, die „auß solchen ursachen geschehen, so entschuldigung der straff „auff jnen tragen" (Ueberschrift vor Art. 138). Solche „todtschlege" aber nennt die P.G.O. in den Art. 138—146, auf welche sich jene Ueberschrift bezieht, zweierlei: erstlich eben die in rechter Nothwehr verübte Tödtung (Art. 139—145), und zweitens die „ungeverliche entleibung, die wider eynes thäters willen geschicht ausserhalb eyner notweer," d. h. die fahrlässigen und die rein zufälligen Tödtungen (Ueberschrift vor Art. 146). Auch auf die letzteren Fälle muß sich jene erste, allgemeinere Ueberschrift mit beziehen; denn sonst würde ja dem „erstlich," welches in der Ueberschrift vor Art. 139 steht, kein Zweites entsprechen. Mithin bezeichnet das Wort „todtschlag" in dem weiteren Sinne der Ueberschrift vor Art. 138, also in der Bedeutung, in welcher auch die Nothwehr hier so genannt wird, keineswegs etwa bloß eine verbrecherische oder auch nur, wie Birnbaum und nach ihm Levita glaubt, bloß eine „willigliche" Tödtung — sondern Tödtung überhaupt, etwa mit Ausschluß des Mordes. Eine wichtige, neue Unterstützung erhält diese Ansicht dadurch, daß man, wie Tengler's Layenspiegel, Bl. 186b beweist, in der Zeit unmittelbar vor der P.G.O. das Wort Todtschlag als gleichbedeutend mit jeder Tödtung, einschließlich nicht bloß des Mordes, sondern auch der bloß zufälligen Entleibung gebrauchte [1]).

---

1) Die Ansicht von der weiteren Bedeutung des Wortes Todtschlag in der P.G.O. hat schon Wächter, Lehrb. Bd. II. S. 131—132 (Anm. 30) aufgestellt und mit noch anderen Gründen belegt. Uebrigens bezieht hier W. die Rubrik vor Art. 138 bis zum Art. 148, nicht bloß

Hiernach liegt die volle Rechtmäßigkeit der Nothwehr schon darin, daß die in ihr begangene Tödtung von vorne herein als eine vollkommene straflose bezeichnet ist. Auch die Anwendung der bloß bürgerlichen Strafe, des Wergeldes, ist ausdrücklich ausgeschlossen; jedoch muß wohl aus überwiegenden Gründen angenommen werden, daß letztere Bestimmung nur subsidiäres gemeines Recht geben, die entgegenstehenden Gebräuche und Satzungen nicht aufheben will [1]). Man könnte sich zwar hiegegen darauf berufen, daß die P.G.O. mit nachdrücklichen Worten, und sogar zweimal sagt, der „Todtschläger" in Nothwehr sei „darum Nichts schuldig"; auch gienge es sprachlich ganz wohl an, die Worte im Art. 140 „unangesehen, ob es geschriben rechten und gewonheyten ent-

---

bis zum Art. 146, einschließlich. — Dagegen macht Birnbaum im N. Arch. Bd. XIII. S. 110—118, 249 für seine ob. angef. Ansicht geltend, daß die Ueberschrift vor Art. 138 sich nur bis auf Art. 145 einschließlich erstrecke, und daß auch in diesem eingeschränkteren Umfange der Titel mehrere Fälle in sich enthalte. Es muß nun gegenüber von Birnbaum's Ansicht die Beantwortung der Frage entscheiden: sind die verschiedenen Fälle, welche sich innerhalb der Art. 140—145 finden, oder ist der Art. 146 der Gegensatz, in welchem von selbst schon das „Zweitens" zu der Ueberschrift vor dem Art. 139 liegt. Diese Antwort kann, wie ich glaube, nicht wohl zweifelhaft sein. Jene Fälle der Art. 140—145 gehören doch eben alle zur Lehre von der Entschuldigung durch Nothwehr und waren, abgesehen von dem eigenthümlich deutschen Inhalte des Art. 144, schon von den Italienern bei dieser Lehre abgehandelt worden. Da man nun zu wählen hat, ob der Gegensatz zu den Worten „erstlich, von rechter Notweer, wie die entschuldigt" in diesen Fällen, oder im Art. 146 liegen soll, so kann Dieß nur von dem letzteren angenommen werden. Denn der Art. 146 steht in Ueberschrift und Inhalt der ganzen Nothwehr-Lehre gegenüber, und in den Worten seiner Ueberschrift „ausserhalb einer notweer" ist ein Ersatz des nicht ausgedrückten „zweitens" der Sache nach bestimmt gegeben, wenn auch diese Worte sich zunächst auf die vor Art. 145 stehenden „inn rechter notweer" beziehen. — (Levita, Nothwehr S. 144—145 Anm. 45 schließt sich ganz an Birnbaum an.)

1) A. M. ist, wie es scheint, Levita S. 153 unten bis S. 154 ob.

gegen wer" hierher, auf die Ausschließung bürgerlicher Strafe zu beziehen; und endlich könnte man sich noch auf die Vergleichung mit Art. 145 berufen, wo die P.G.O., indem sie hier die partikularrechtliche Verpflichtung zur Zahlung des Wehrgeldes stillschweigend fortbestehen lassen will, sich einer ganz anderen Ausdrucksweise bedient. Allein von der anderen Seite kommt in Betracht, daß unter den partikularrechtlichen Gebräuchen, welche durch die sog. salvatorische Clausel aufrecht erhalten wurden, nach der Geschichte dieser Clausel gerade namentlich Dasjenige begriffen war, was in den Ländern sächsischen Rechtes nach der damaligen Auslegung des Sachsenspiegels über Wehrgeld und Buße galt: denn ein solcher Vorbehalt, wie er in jener Clausel liegt, war auf dem Reichstage von 1530 von dem mächtigen Stande Kursachsen ausdrücklich deßhalb verlangt worden, „damit sächsischen Rechten in sonderlich ausgedrückten Fällen durch die gemeine Reichsordnung Nichts würde genommen, dieweil der Sachsenspiegel auch in etzlichen Sachen Vorsehung thet, als nämlich von Wehrgeld und Buß, davon in der Reichsordnung keine Erwähnung beschehe [1])." — Was sodann die Schlußworte des Art. 140 betrifft, so spricht gegen die oben berührte Auslegung der Umstand, daß sie lediglich an die Stelle der Worte „als etlich unverstendig leut meynen" getreten sind, mit welchen die Bambergensis Art. 165 a. E. nach dem Vorgange des Gandinus (s. ob. S. 396, 424 Anmerk.) bloß das angebliche Erforderniß des Zuwartens, bis man geschlagen werde, abgewiesen hatte, ohne sie irgend auch auf die vorangegangenen Worte „der ist darum nichts schuldig" zu beziehen.

Wir haben also aus überwiegenden Gründen jene Ausschließung bürgerlicher Strafe wohl nur mit dem Vorbehalte

1) S. üb. dies. Antr. Wächter, gem. R. Deutschl. S. 30—31. Anm. 23.

zu verstehen, daß abweichende Partikularrechte daneben aufrecht erhalten bleiben durften. So erklärt sich denn der Art. 94 der hessischen Halsgerichtsordnung von 1535, und die von Geyer a. a. O. S. 145 mitgetheilte Stelle der Landgerichtsordnung für Krain von dems. Jahre (vergl. oben S. 208). Auch in der sächsischen Praxis wurde zu Berlichs Zeit bei der Nothwehr noch auf Wergeld erkannt, woferne nur der Kläger solches, ausschließlich oder eventuell, verlangt hatte (s. Berlich's conclus. V. 12 Nr. 4, 5). Carpzov dagegen wollte völlige Straflosigkeit, und seinem Einflusse ist es gewiß zuzuschreiben, daß auch die sächsische Praxis die bürgerliche Strafe hier von da an ganz fallen ließ. Uebrigens mögen von den ganz freisprechenden Erkenntnissen, welche C. anführt, die älteren sich auf solche Fälle beziehen, in denen gar nicht auf Wergeld geklagt war (vergl. Berlich a. a. O. Nr. 5).

§. 46.

Die Erfordernisse der Nothwehr sind auch nach der P.G.O. die oben in §§. 34—38 bezeichneten, welche schon von der italienischen Wissenschaft in der Hauptsache richtig aufgestellt waren. Dieß gilt namentlich auch von Demjenigen, was oben S. 403—406, in §. 38 besprochen worden ist. Zwar behauptet Köstlin, System S. 89. Anm. 6, die genauere Beachtung des Art. 142 zeige, daß das Gesetz denn doch die Unmöglichkeit des commodus discessus keineswegs auf eine Linie mit der Ungerechtigkeit und Plötzlichkeit des Angriffs gestellt wissen wolle. Allein wäre Dieß selbst für die Strafe richtig, so würde daraus doch nicht folgen, daß darum die Unmöglichkeit des commodus discessus nicht auch Bedingung der Nothwehr sei. Denn auch die Verschiedenheit, welche zwischen dem Mangel der einen und dem der anderen Bedingung besteht, könnte ja recht wohl eine verschiedene

Behandlung von beiderlei Fällen zur Folge haben. Die P.G.O. stellt aber einen strafrechtlichen Unterschied zwischen beiden Fällen gar nicht auf, sondern sie setzt in dieser Beziehung nur die Fälle der Ueberschreitung überhaupt denjenigen gegenüber, bei welchen schon in den Erfordernissen der Nothwehr ein Mangel besteht. Die ersteren sind folgendermaaßen bezeichnet: „so eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notwehr gehabt, und doch in der that nit alle umbstende, die zu einer ganzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hett . . . . . .“ Redliche Ursache zur Nothwehr hat aber nur Derjenige, bei welchem die **Erfordernisse** der Nothwehr sämmtlich vorhanden sind; und daß zu diesen Erfordernissen auch die Unmöglichkeit gehört, sich dem Angriff ohne alle Gefahr irgend einer Verletzung zu entziehen, folgt für das gemeine deutsche Recht aus dem Art. 140 der P.G.O. und aus l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil.

Ein wesentlich unterstützender Beweisgrund aber für diese Auffassung der P.G.O. ist in letzterer Beziehung der Umstand, daß schon alle Italiener die Bedingungen der Nothwehr auf die richtige Weise angeben und in Uebereinstimmung hiemit auch den excessus defensionis (mit einziger Ausnahme des Baldus, zu l. 3. D. de J. et J. Nr. 27, 28) richtig definiren. Dieß ist um so wichtiger, als der Art. 142 ganz den Italienern folgt und gerade für unsere Frage ausdrücklich auf die Wissenschaft verweist. — Sollte aber Köstlin bei seiner obigen Behauptung die Stellung des Satzes „Wer, so fürgewendt wird . . . . . . entwichen“ im Auge haben, so wäre dagegen zu erinnern, daß dieser Satz und die vorangehenden hier nur auf die Beweislast, nicht auf eine materiell strafrechtliche Verschiedenheit Bezug haben. Keineswegs bilden auch, wie Levita S. 153 glaubt, die Worte

„so eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notwer gehabt, und doch in der that nit alle umbstende, die zu eyner ganzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hett“

den Gegensatz zu den weiter oben stehenden

„so er eyne derselben obgemelten oder ander dergleichen rechtmessigen verursachung gegen der ersten unlaugbar anfechtung oder benöttigung genugsam beweist, so kann sich solcher todtschleger keyner rechten oder gentzlichen entschuldigten notweer behelffen“,

und noch viel weniger besteht, wie Levita weiter schließt, zwischen den beiden Sätzchen ein materiell-rechtlicher Gegensatz in der Weise, daß die Fälle des letzteren denen des ersteren gegenüber „als der schwerste Grad der Verschuldung bestimmt hervorgehoben“ wären. Vielmehr steht das Sätzchen

„so er eyne derselben . . . . — behelffen“ oder vielmehr bis — „angefochten und benöttigt hat“ nur im Gegensatze zu dem ihm unmittelbar folgenden:

„So aber der kläger der ersten benöttigung halb keyn solche rechtmessige verursachung bewies, sondern der verklagt todtschläger seiner berühmten notweer halb ausfündig macht, daß er von dem entleibten mit einer tödtlichen weer, als vor von rechter notweer gesatzt ist, erstlich angefochten worden wer, So ist die notweer durch den verklagten todtschläger ausgeführt, und soll doch gemelte kundschafft beyder theyl mit einander zugelassen werden“,

und auch dieser Gegensatz bezieht sich lediglich auf den Beweis. Die P.G.O. geht hier zunächst ganz wie die Italiener davon aus: wenn Der, welcher sich auf Nothwehr beruft, nur den bewaffneten Angriff darthut, so wird vermuthet: erstens, daß ihm rechtswidrig dringende Gefahr drohte, und zweitens, daß er überhaupt im Stande rechter Nothwehr handelte. Jede dieser beiden Vermuthungen aber kann der Ankläger wider-

legen: die erstere durch den Nachweis, daß der Angriff ein rechtmäßiger war (vergl. Baldus, consil. II. 237), die zweite dadurch, daß er darthut, die Gefahr sei schon vorübergegangen gewesen oder hätte anderweitig abgewendet werden können. Die erstere von diesen beiden Einwendungen des Anklägers bespricht die P.G.O. in den Worten:

„und dagegen sagt, daß der todtschleger . . . . — daß er also inn recht zulessiger weiß gethon hett",

und in den oben ausgehobenen

„so er eyne derselben . . . . . — angefochten und benöttigt hat";

die zweite in den Sätzen

„oder so der kläger inn diesem fall . . . . . — ehren und guten leumuts halben entwichen" u. s. w.

und:

„So aber der kläger . . . . . — zugelassen und gestelt werden."

Der ganze Gegensatz bis hierher ist also bloß ein processualischer, kein materiell rechtlicher: denn für den letzteren Fall ist ja nach den ausdrücklichen Worten

„und soll doch gemelte kundschaft . . . . . gestelt werden"

der Beweis davon, daß die Gefahr vorübergegangen war oder anders abgewendet werden konnte, vorbehalten, so daß es also auch hier noch zur Verurtheilung kommen kann, weil entweder die Nothwehr überschritten war, oder eines ihrer Erfordernisse (Unmöglichkeit die Gefahr anders abzuwenden) mangelte.

Für den Fall nun, daß die **Erfordernisse** der Nothwehr vereint vorhanden waren, der Thäter „redlich ursach zur notweer gehabt," aber eine Ueberschreitung begangen hat („inn der that nit alle umbstende, die zu einer gantzen entschuldigten notweer gehören gehalten hett"), ist die materiell-rechtliche Be-

stimmung des Schlußsatzes, insbesondere Zulassung der Strafmilderung, aufgestellt.

Allein hierher gehören nicht, wie Levita S. 153 glaubt, alle diejenigen Fälle „schuldhafter Nothwehr," in welchen der (erste) Angreifer zum Angriffe kein Recht hatte: vielmehr bleibt außer beiden noch der dritte strafbare Fall übrig, daß die Gefahr keine dringende war, und insbesondere der Angegriffene Zeit und Gelegenheit hatte, sich ohne alle Gefahr für irgend ein Recht dem Angriffe anderweitig zu entziehen (P.G.O. 140 a. E., D. IX. 2. ad leg. Aquil. l. 45. §. 4). Nicht überall, wo der Angreifer kein Recht zum Angriff hatte, hat darum der Angegriffene redliche Ursache zur Nothwehr; giebt doch Levita selbst S. 152 oben zu, daß die Unmöglichkeit eines unschimpflichen und ungefährlichen Rückzugs nach der P.G.O. Voraussetzung der Nothwehr sei. — Eben dem Angegebenen zufolge ist es nun auch nicht richtig, daß, wie Levita ferner glaubt, gerade nur die Vertheidigung gegen einen Angriff, zu welchem der Angreifer ein Recht hatte, von der P.G.O. als der schwerste Grad der Verschuldung hervorgehoben werde.

§. 47.

Aus Demjenigen, was im vorigen §. dargethan worden ist, ergiebt sich ferner, daß die P.G.O. zwischen den Fällen, „da es an Bedingungen der Nothwehr fehlt," und den Ueberschreitungen ihrer Gränzen recht wohl unterscheidet. Dieß stellt Levita S. 154 ganz in Abrede. Allein wie sollte das Vorhandensein jener Bedingungen verständlicher ausgedrückt sein, als es die P.G.O. in den Worten gethan hat: „so eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notweer gehabt" —? und wie die Ueberschreitung deutlicher, als mit den Worten „und doch in der that nit alle

umbstende, die zu eyner gantzen entschuldigten notweer gehören gehalten hett" —? Ueberdieß hatte ja die P.G.O. diese Erfordernisse unmittelbar zuvor in Art. 140 angegeben und konnte sie dieselben bei den Rechtsgelehrten, auf deren Rath der Art. 142 a. E. verweist, als aus dem römischen Rechte und der Wissenschaft bekannt voraussetzen. Eben schon deßhalb aber, und besonders wegen der Verweisung auf den Rath der Rechtsverständigen, müßen wir auch annehmen, daß die P.G.O. von derjenigen Ansicht, welche sich in der Wissenschaft ihrer Zeit in Bezug auf die Ueberschreitung der Nothwehr festgestellt hatte, nicht abweichen will, daß mithin nach der P.G.O. ganz Dasselbe gelten muß, was ob. §. 39 in Bezug auf die damalige Lehre und Rechtsübung dargethan worden ist. Insbesondere steht fest, daß auch die P.G.O. eine solche Verletzung, welche sofort auf den Angriff hin, aber erst nachdem derselbe ganz vorübergegangen war, erfolgte, zur Ueberschreitung rechnet — was neuere Schriftsteller (z. B. Köstlin System S. 89, 90 Anm. 6, Levita S. 263 Anm. 105) mit Unrecht läugnen. Denn der Art. 142 handelt ausdrücklich, wie seine ersten Sätze beweisen, jedenfalls von dreierlei Fällen: 1) von Gegenwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff, 2) von Verletzung nach vorübergegangener Gefahr und 3) von Verletzung des Angreifers unter Umständen, unter denen der Bedrohte füglich und gefahrlos hätte entweichen können. Nun müßte man doch selbst im Zweifel annehmen, daß der Schlußsatz mit den Worten „so eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notweer gehabt und doch in der that nit alle umbstende, die zu einer gantzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hett" einen jener obigen, ausdrücklich genannten Fälle — und zwar, was allein möglich ist, den zweiten — mit im Auge hat. Zur unumstößlichen Gewißheit aber wird Dieß, wenn man bedenkt, daß die Ansicht, auf

welche Dieß führt, gerade auch die einstimmige der Italiener ist (s. ob. S. 407, 408).

Auch in Bezug auf die rechtlichen Folgen der Ueberschreitung will die P.G.O. den Rath der Rechtsverständigen entscheiden lassen, und man hat daher um so gewisser anzunehmen, daß das oben, in §. 42 Bemerkte (mit Ausnahme des Schlußsatzes) nach dem Sinne des Reichsgesetzes als gemeines deutsches Recht gelten soll. Es müßen also insbesondere — was sich übrigens schon aus den allgemeinen Grundsätzen ergiebt — zu Gunsten des Thäters, wenn derselbe im Affecte gehandelt hat, neben der allgemeinen, milderen Behandlung des Affectes noch überdieß die gerechte Veranlassung desselben und die Schwierigkeit, im Drange der Umstände die Lage richtig zu beurtheilen und den schonendsten Ausweg zu wählen, in Betracht kommen. Allgemein ferner rechtfertigt sich bei solchen Ueberschreitungen, welche nur in der Größe der Verletzung liegen, eine geringere Strafe, als diejenige, welche auf der Verletzung an sich steht: denn es kann doch, wie schon die Italiener bemerkt haben, Strafe nur insoweit eintreten, als das Maaß der nothwendigen und deßhalb rechtmäßigen Verletzung überschritten ist: es darf z. B. unter Umständen, wo eine schwere Körperverletzung genügt hätte und nothwendig gewesen wäre, statt derselben aber vorsätzlich Tödtung verübt worden ist, nicht die ordentliche Strafe des Mordes oder Todtschlages, sondern nur eine gelindere verhängt werden, bei deren Bestimmung die sonstige Strafbarkeit derjenigen Verletzung, zu welcher der Thäter rechtmäßige Ursache hatte und welche im Thatbestande der geschehenen Tödtung mit begriffen ist, zu seinen Gunsten in Betracht kommen muß [1]).

---

1) Dieß wird jetzt auch vom thüringischen Strafgesetzbuche Art. 67. aufgestellt — was Köstlin, System S. 95 mit Recht billigt, Levita

Setzen wir z. B. den Fall: es hätte sich der Angegriffene mittelst einer sehr bedeutenden Körperverletzung — etwa einer solchen, welche als Verbrechen 20 Jahre Zuchthaus nach sich zöge, retten können; er hat aber statt Dessen vorsätzlich und ohne Affect den Angreifer getödtet: soll er nun nach gemeinem Rechte wie ein anderer, gewöhnlicher Mörder bestraft, oder soll nicht vielmehr zu seinen Gunsten in Betracht gezogen werden, daß er den Gegner zwar nicht tödtlich, aber doch sehr bedeutend verletzen durfte? — Nach Levita's Ansicht (Nothwehr S. 256—257) müßte man diese Frage im ersteren Sinne beantworten: allein Dieß wäre nicht bloß aus allgemeinen Gründen ungerecht, sondern auch gegen die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis, welche schon von den Italienern an das Gegentheil angenommen hat und von der P.G.O. ausdrücklich als die Quelle in unserer Frage bestätigt worden ist. — Anders dagegen verhält es sich da, wo die Ueberschreitung in der Zeit der zugefügten Verletzung liegt, also wo dieselbe verübt wurde, nachdem die Gefahr ganz vorübergegangen war.

§. 48.

Alles, was im Bisherigen aus deutschem, römischem und kanonischem Rechte, aus Wissenschaft und Gerichtsgebrauch nachgewiesen worden ist, führt unwidersprechlich zu dem Satze, daß die Selbstvertheidigung, insbesondere die Nothwehr, ein Recht des Angegriffenen, daß ihre Anerkennung ein wahrer Rechtssatz, objectives Recht ist. Dieß ist auch (außer von Zöpfl) bisher allgemein anerkannt worden, und erst jetzt, in

---

aber, a. a. O. S. 261, 262, und Geyer, Lehre von der Nothwehr S. 172, vergl. mit S. 47, ohne genügenden Grund tadeln.

dem Augenblicke da ich im Begriffe bin, gegenwärtige Arbeit abzuschließen, erscheint ein Versuch, das Recht der Nothwehr gänzlich zu läugnen und dieselbe auf einen Begriff zu stützen, der an sich ihr gerades Gegentheil ist, nämlich auf den der Vergeltung [1]). Dieß stellt nun die ganze Lehre, wie man zu sagen pflegt, auf den Kopf und ist insoferne allerdings neu. Vor Allem fragt es sich nun aber: was soll denn jene straflose Vergeltung sein, wenn sie kein Recht ist? — Jede menschliche Handlung ist entweder rechtmäßig oder Unrecht: zwischen Beiden ist ein Drittes ebensowenig denkbar, als zwischen einem A und einem non A überhaupt; nun nennt zwar Geyer die Nothwehr eine Uebelthat, aber er stellt weder Strafe, noch Schadens-Ersatz als ihre Folge auf und behandelt sie also nicht als Unrecht; jene Bezeichnung „Uebelthat" bleibt demnach bei ihm hier ein bloßes Wort ohne praktische Folge: er behandelt die Nothwehr als rechtmäßig, nur nennt er sie nicht so. — Nun nehmen freilich manche Philosophen den Begriff des Rechtes willkührlich in engeren Bedeutungen, als in der des richtigen Sprachgebrauches, und in dieser Weise schließt Geyer von dem Begriffe des Rechtes den der Vergeltung aus, so daß namentlich auch das Strafrecht nicht zum Rechte, sondern zur Vergeltung gehören soll. Von diesem Standpunkte aus müßte aber folgerichtig Alles, was sich auf die Wiederherstellung eines verletzten Rechtszustandes bezieht, also namentlich alle privatrechtlichen Folgen jedes Unrechtes, vom Rechte abgetrennt und zur Vergeltung gezählt werden. Hiegegen ist nun vor Allem zu erinnern, daß diese Verengerung des Rechts-Begriffes dem

1) „Die Lehre von der Nothwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung von J. U. D. August Geyer" (Jena, 1857). Dieses Buch kam mir zu, als von gegenwärtiger Schrift 26 Bg. gedruckt waren und der 27ste gesetzt war.

allgemeinen Sinne, in welchem derselbe in den Rechtsquellen, in der Rechtswissenschaft und im Leben aufgefaßt wird, widerspricht. Allgemein versteht man unter Recht (im objectiven Sinne) die Gesammtheit der Normen über Dasjenige, was zur vernünftigen Ordnung der menschlichen Lebensverhältnisse unerläßlich ist und deßhalb im äußeren Dasein der Menschen mit Nothwendigkeit gilt [1]). Jedenfalls insoferne, als die Idee der Vergeltung Rechtssätze in diesem Sinne hervorbringt, nehmen die aus ihr hervorgehenden Befugnisse die Gestalt von Rechten an.

Indessen gehört folgerichtig selbst auf Geyer's Standpunkte die Nothwehr nicht zur Vergeltung. Zwar sucht Dieß Geyer damit zu rechtfertigen, daß er sagt, die Bedrohung mit einem Angriffe sei schon selbst eine Uebelthat, welche die Vergeltung gegen sich auffordere. Allein Vergeltung kann sich doch nur auf eine verübte Uebelthat beziehen; die „Bedrohung" aber kommt bei der Nothwehr, wie schon aus diesem Worte folgt, nicht in ihrer Bedeutung als bloße Drohung, als etwas Vergangenes, sondern als Gefahr begrün-

1) In diesem Sinne verstehen und behandeln auch die Gesetze überall den Begriff des Rechtes. Daß die Gesetze und auch viele rechtswissenschaftliche Schriftsteller nicht gerade die obige Definition geben, ändert Nichts, da man in der Sache selbst, in Demjenigen, was man zum Inhalte des Rechtes zählt, allgemein übereinstimmt. — Die Macht, welche auf das Recht in diesem Sinne begründet ist, bildet für den Einzelnen eine Befugniß, ein Recht im subjectiven Sinne. Auf keine Weise rechtfertigen läßt es sich nun, daß Geyer deßhalb, weil zu seinen Vorstellungen vom Rechte die Nothwehr nicht paßt, eine materielle Unrichtigkeit darin finden will, daß die Schriftsteller und Gesetze die Nothwehr als Recht anerkennen, worunter ja sie etwas ganz Anderes verstehen, als Geyer. Sein Standpunkt ist in dieser Beziehung lediglich die völlig grundlose Erhebung eines Wortstreites, bei welchem er selbst das Wort, um welches sich handelt, willkührlich und unrichtig auffaßt. Aus derselben Ursache schon mußten denn auch seine Angriffe gegen die bisherige Auffassung der gemeinrechtlichen Quellen mißlingen (s. u.).

dend, mithin in ihrer Beziehung auf die Zukunft in Betracht. Von Wehren kann nur gegenüber Zukünftigem, nicht gegenüber Vergangenem als Solchem die Rede sein. Dieß muß offenbar auch Geyer zugeben, da er in §. 3 am Ende des Textes das Vorhandensein der Gefahr über die Zulässigkeit der Nothwehr entscheiden läßt; denn insoferne, als die Drohung von Seiten der in ihr liegenden Gefahr in Betracht kommt, ist sie in ihrer Beziehung auf die Zukunft aufgefaßt. Etwas Zukünftiges kann man zwar verhindern, aber nicht vergelten.

Nach Geyers §. 3 in d. Mitte müßte als Grund der Nothwehr die wirkliche, in der Gegenwart vorhandene Rechtsverletzung betrachtet werden, welche in der Drohung liegt. Diese ist aber keine andere, als die Beschränkung des Bedrohten in der Freiheit seines Willens und Handelns. Mithin müßte sich das Maaß der Nothwehr nach der Größe jener Beschränkung, also darnach richten, welchen Werth überhaupt es für den Bedrohten gehabt hätte, in der Freiheit seiner Handlungsweise nicht gestört zu werden. Dieß ist aber keineswegs gleichbedeutend mit der Größe der drohenden Gefahr allein. Ferner müßte jede Drohung zur „Nothwehr" berechtigen; nicht bloß eine solche, welcher man sich nicht anderweitig ohne Gefahr entziehen kann. Indem nun Geyer in beiden letzteren Beziehungen die drohende Gefahr und ihre Größe an sich zu Grunde legt, ist hiemit nothwendig zugegeben, daß auch die Verletzung, welche dieser Gefahr gegenübertritt, sich auf die Zukunft, nicht auf die Vergangenheit bezieht, also in der That nicht Vergeltung geschehenen Unrechtes, sondern Vertheidigung wider ein drohendes Unrecht ist. Diese Vertheidigung aber ist selbst ein Recht; es ist rein willkührlich, zum Rechte bloß Dasjenige zu stellen, worin „die Wollen" in dem Sinne übereinstimmen, daß die Willkühr zweier oder

mehrerer concreter Individuen gerade jetzt, thatsächlich auf seine Anerkennung gerichtet ist. Dieß Letztere gehört sogar bei Privatrechten (im subjectiven Sinne) nur zu ihrer Begründung, nicht zu ihrer Fortdauer und Geltendmachung; und das öffentliche Recht vollends, unter welches ja auch das Strafrecht fällt, gründet sich lediglich auf den vernünftigen Gemeinwillen, ist nicht vom thatsächlichen Belieben der Einzelnen abhängig.

Dieß ist (im Gegensatze zum alten Naturrechte) h. z. T. auf dem Boden der Rechtsphilosophie so sehr anerkannt und seit Kant (s. ob. S. 2, 3) von den verschiedensten Standpunkten aus so gründlich nachgewiesen worden, daß Geyer's entgegengesetzte Ansicht wohl keiner besonderen Widerlegung bedarf.

Geyer geht aber sogar so weit, daß er den Versuch macht, seine Unterscheidung zwischen Recht und Vergeltung und die Ausschließung der Nothwehr von dem ersteren den positiven Gesetzen unterzulegen. Dieß geht nun gegenüber den römischen Quellen nur durch die willkührlichste und gewaltsamste Verkehrung feststehender und bekannter Begriffe (S. 55 ff.). Darin, daß die Römer die Nothwehr auf das *jus gentium* stützen, soll ein Gegensatz gegen die Auffassung der Nothwehr als Rechtes liegen! — und doch ist ja auch das jus gentium ein jus, und von den Römern als Recht gerade in unserer Lehre schon darin deutlich bezeichnet, daß sie eine ganz gleiche Formel, wie die, womit schon die ältesten civilrechtlichen Gesetze rechtmäßige Verletzungen benannten, von der Ausübung der Nothwehr gebrauchen: „jure fecisse existimatur,“ sagt Florentinus in l. 3. D. de J. et J., und Dieß entspricht offenbar dem alten „jure caesus esto“, „jure caesus videtur,“ drückt von vorne herein völlige Gleichstellung mit den nach den XII Tafeln, der lex Cornelia u. s. w. rechtmäßigen („jure“

geschehenen) Tödtungen aus und bildet den Gegensatz zu dem „injuria occiderit“ der lex Aquilia (s. ob. S. 243 ff.). In welcher Weise die wissenschaftliche Ausbildung der Lehre von der Nothwehr unter steter Anerkennung ihrer vollen Rechtmäßigkeit und unter Verschmelzung der beiden Gesichtspunkte, des jus gentium und des jus civile, vor sich gegangen ist, habe ich oben, in §§. 12—15 gezeigt.

Namentlich ist dort auch dargethan worden, wie das alte Civilrecht schon, wenn gleich nicht in vollkommenem und allgemeinem Ausdrucke (der aber überhaupt nicht bei ihm, zumal nicht in seinen strafrechtlichen Bestimmungen, gesucht werden darf) die Rechtmäßigkeit der Nothwehr anerkannt hat, und selbst abgesehen hievon stützt sich ja im neueren und neuesten römischen Rechte die Nothwehr keineswegs bloß auf das jus gentium, sondern auch auf neues Civilrecht, nämlich auf kaiserliche Constitutionen. Auch die Worte der cst. 2. ad leg. Cornel. und cst. 1. C. quando liceat unicuique, auf welche sich G. S. 57 beruft, beweisen Nichts für seine Auffassung; denn das erstere Gesetz spricht ja — von allem Anderen abgesehen — nicht einmal völlige Gleichstellung der beiden Fälle, daß der Angreifer und daß ein Dritter getödtet worden ist, sondern nur für beide Fälle Straflosigkeit aus, und das zweite handelt gar nicht etwa bloß von Nothwehr, sondern von einem umfassenden Tödtungsrechte, und da es ein Gelegenheitsgesetz ist (s. ob. S. 294 Anm. 1), so muß bei ihm um so Viel mehr eintreten, was bekanntlich von allen späteren Kaiser-Gesetzen gilt, daß ihre prunkhaften und volltönenden Motive nicht als ächter Ausdruck der römischen Rechtsprincipien betrachtet werden dürfen.

Im kanonischen Rechte will G. deßhalb seine Ansicht finden, weil es, wie das römische, den Grund der erlaubten Selbstvertheidigung auf ein jus naturale zurückführe, weil also

im kanonischen Rechte wieder der Begriff des naturale und aequum auftrete (S. 71). Allein eben daraus, daß die kanonischen Gesetze die Selbstvertheidigung gerade mit den römischen Sätzen anerkennen, folgt, daß auch die ersteren von der Rechtmäßigkeit solcher Handlungen ganz dieselbe Ansicht haben, wie die römischen Quellen. Das Gegentheil folgt auch nicht für die Vertheidigung des Vermögens aus cap. 10. X. de homicidio (V. 12), worauf sich G. beruft; denn hier ist die Tödtung nicht als rechtswidrig, sondern nur als Verfehlung gegen die besonderen, moralisch-religiösen Verpflichtungen eines Geistlichen namentlich gegen die von einem Solchen geforderte mansuetudo, aufgefaßt. Andererseits irrt G., wenn er das cap. 19. §. 1. X. de homic. auf Tödtung in Nothwehr bezieht; bei Tödtung wurde die Irregularität erst durch die Clementina Si furiosus für den Fall beseitigt, daß die Nothwehr zur Rettung des Lebens (wohl auch der bloßen Körper-Integrität) ausgeübt worden war (s. ob. S. 411, 412).

Was das germanische Recht betrifft, so hat Geyer auf eine durchaus zu billigende Weise das alte Tödtungsrecht, welches gegenüber dem Friedebrecher überhaupt galt, an die Spitze gestellt (vergl. oben §. 1 ff.). Allein er hat über das Verhältniß der Nothwehr zu demselben nicht die richtige Ansicht, welche von Wilda aufgestellt und in den letzten Jahren besonders lichtvoll von Maurer mit eingehender Anwendung auf das angelsächsische Recht durchgeführt worden ist [1]). Zwar will Geyer, indem er die Gestattung der Privatrache auf Gestattung der Nothwehr eingeschränkt worden sein läßt (S. 87, §. 2 am Anf.), offenbar jenes alte Tödtungs-

1) In der kritischen Ueberschau, Bd. III. (1855) S. 27 ff. Dieses schon ob., S. 184 gegebene Citat bezieht sich namentlich auch auf das oben S. 177, 178 Gesagte.

recht als die Wurzel anerkennen, aus welcher der Begriff der Nothwehr heraus entwickelt worden sei; allein ebendamit — nimmt er an — habe die Nothwehr aufgehört, ein Recht zu sein, sei sie unter denselben Gesichtspunkt gestellt worden, welcher bei rein zufälligen Verletzungen eintrat, d. h. man habe angefangen, ihre Ausübung mit der Verurtheilung zur Zahlung des Wergeldes zu ahnden. Allein auf solche bewußte und absichtliche Weise machen sich die geschichtlichen Entwicklungen von Volksrechten nicht. Man kann doch nicht annehmen, die alten Germanen haben ohne Weiteres so geschlossen: „weil das unbeschränkte Tödtungsrecht gegenüber dem Friedebrecher weggefallen ist, kann jetzt auch die Nothwehr nicht mehr als rechtmäßige Tödtung u. s. w. des Verbrechers, sondern nur noch wie eine zufällige Verletzung behandelt werden", und demgemäß verfahren. Jene Veränderung in der rechtlichen Behandlung der Nothwehr ist auch von Geyer nicht bewiesen worden. Denn aus der ganzen älteren Zeit, in welche doch jene Aenderung fallen müßte, sind Geyer's Belege nur die wenigen, schon oben S. 196 ff., 370 ff. wiederholt besprochenen Stellen, welche auf Tödtung „se defendendo" eine Buße setzen, und es wird durch seine Darstellung kein irgend erheblicher Zweifel an dem Beweise begründet, welcher für die richtige Ansicht von Köstlin geliefert, von Levita näher ausgeführt und weiter unterstützt worden ist, und zu welchem auch meine obige Untersuchung (§§. 2 ff., 29 ff.) einen Beitrag liefert [1]). Die letztere, namentlich soweit sie den Ausdruck „se defendendo" betrifft, erhält jetzt, eben gegenüber von Geyer,

1) Auf das Recht des deutschen Mittelalters hatte ich ebendeßhalb, weil Köstlin's und Levita's Ausführungen dasselbe erschöpfend behandeln, nicht in umfassender Weise einzugehen. Gegen die von jenen Schriftstellern erwiesene Ansicht im Großen und Ganzen beweisen auch die unbedeutenden, an den Richter zu zahlenden Bußen Nichts, welche im Regens-

um so mehr Bedeutung, da seine Haupteinwendung sich lediglich auf die Stellen stützt, welche diesen Ausdruck gebrauchen. Wie ich nun oben nachgewiesen habe, bezeichnet „se defendere" im Mittelalter keineswegs immer die Nothwehr, sondern meistens das Sich=wehren überhaupt, also das Kämpfen in offenem Streite: und Dieß ist sogar mit der Bedeutung von defendere = vertheidigen vereinbar; denn solange der wirkliche Kampf dauert, dient Alles, was man gegen den Gegner thut, zugleich der Vertheidigung seiner selbst — wenn auch nicht rein, und nicht bloß ihr. So sagt sogar noch Baldus consil. III. 287. Nr. 2. „Praeterea defensio dicitur duobus modis. uno modo naturaliter . . . . et tunc et aggressores itinerum dum conluctant suam vitam defendunt a concertante cum eis. alio modo civiliter et licite. et hoc modo non dicuntur se defendere."

Wenn nun noch der wissenschaftliche, romanistisch gebildete Rechtslehrer sogar so weit geht, so ist es doch gewiß um so

---

burger und Bamberger Stadtrechte vorkommen und auf welche sich Geyer S. 112 ff. beruft. Denn die überwiegende Rücksicht, welche die Städte in ihrem Strafrechte nothgedrungen auf die Abschreckung nehmen mußten, also ein an sich polizeilicher Grund, genügt vollkommen zur Erklärung jener Bußen, ohne daß man deßhalb eine Läugnung des Rechtes zur Nothwehr anzunehmen hat. Die Folge eigentlicher Rechtsverletzungen ist ja dort ausdrücklich ausgeschlossen: der Thäter ist ledig vom Kläger und von der Stadt; nur für die Gewaltthat als solche muß er eine (dem Wesen nach polizeiliche) Buße zahlen. Hiegegen beweist auch die Einwendung Nichts, welche Geyer S. 112 unten gegen eine an sich nicht ganz hinreichende Erklärung Levita's macht. — Die zweijährige Stadtverweisung der Göttinger Statuten XXX. und XXXII. (Levita S. 108—109, Geyer S. 113, 114) braucht sichtlich gar nicht als Strafe aufgefaßt zu werden, sondern ist weit eher eine polizeiliche Maaßregel zur Verhütung weiterer Gewaltthat, deren Ausübung etwa von den Angehörigen des Entleibten zu erwarten wäre und wieder gewaltthatige Entgegnung besorgen ließe; die Proscription (overtale) aber, welche das. genannt wird, sollte nur im Falle unvollständigen Beweises eintreten.

viel mehr gerechtfertigt, in jenen alt-germanischen Quellen mit Wilda unter der Tödtung se defendendo die im offenen Waffenstreite überhaupt verübte zu verstehen; und Geyer selbst giebt wenigstens zu, daß man den Ausdruck „se defendendo“ damals nicht ausschließlich von der Nothwehr gebraucht habe (S. 93, Anm.). — Also bleibt es bei dem obigen Ergebnisse, daß auch im deutschen Mittelalter die Nothwehr als rechtmäßig galt. Dieß ist, zumal nach der Redeweise der damaligen Quellen, genügend damit ausgedrückt, daß dieselben sie als bußlos, straflos bezeichnen, und die der späteren Zeit des Mittelalters angehörenden einzelnen Abweichungen, deren erste Wurzel eine offenbar mißverständliche Auffassung des Sachsenspiegels war, sind eben nur als partikuläre Abweichungen zu betrachten.

Was die P.G.O. betrifft, so hat auch Geyer gegen die obige Auffassung derselben nichts Erhebliches vorgebracht, und von der so wichtigen Ausbildung unserer Lehre in der italienischen Wissenschaft schweigt er ganz. Letzteres kann nicht, wie er es in der Vorrede versucht, mit der Bemerkung, welche Köstlin, System S. 88. Anm. 2 über die ältere Doctrin macht, gerechtfertigt werden, und Köstlin selbst meint mit jener Bemerkung blos die philosophische Begründung der Lehre, nicht dieselbe in ihrer Gesammtheit. So kann denn nach allem bisher Ausgeführten kein Zweifel darüber sein, daß Geyer's Angriff auf die bisherige Auffassung unseres positiven Rechtes durchaus mißlungen ist.

Dasselbe gilt aber von seinen Einwendungen gegen die philosophische Ableitung der Nothwehr aus der rechtlichen Zwangs-Befugniß oder — was der Sache nach Dasselbe ist — aus der Nichtigkeit des Unrechtes. Wiederholt läugnet er die rechtliche Zwangsbefugniß und schließlich giebt er sie doch, unter dem Namen „Vergeltung“ dem Staate.

Zur „Vergeltung“ soll auch nach Geyer der Staat die Einzelnen verletzen dürfen; warum denn nicht einfach auch zur Erhaltung des Rechtszustandes? Geyer benimmt sich, als ob mit der rechtlichen Zwangs-Befugniß, mit der Nichtigkeit des Unrechtes ohne Weiteres die schrankenlose Eigenmacht gemeint wäre — während doch schon die kantischen Criminalisten, und ebenso Köstlin und Berner, welche an Hegel anknüpfen, sogleich und auf's Nachdrücklichste — wenn gleich in verschiedener Wendung — hinzusetzen, daß der rechtliche Zwang für die Regel nothwendig ausschließlich Sache des Staates sei, und daß der Zwang des Einzelnen eben nur im Nothfalle, wo der Staat nicht helfen könne, zur Vertheidigung des Rechtes eintrete [1]). Hierin liegt keineswegs,

---

1) Das Letztere, also gerade die Hauptsache, übergeht Geyer bei seinem Angriffe gegen Köstlin (S. 20). Auf die obige Weise begründet übrigens schon Grolman, welcher hierin von Köstlin mißverstanden worden ist, die Rechtmäßigkeit der Nothwehr. Er sagt nämlich in §. 24 der „Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft“:

„In dem Staate erscheint in der Regel, in der Folge des begründeten öffentlichen Rechtszwanges der eigene Zwang nach eigenem Rechtsurtheile als ein den Bedingungen für einen öffentlichen Rechtszustand widerstreitendes Verbrechen. Dieses setzt aber die Wirksamkeit des öffentlichen Urtheiles und Zwanges voraus und fällt daher da hinweg, wo die Staatsgewalt nicht zu wirken vermag. Dieses ist immer, aber auch nur da der Fall, wo von einer abzuwehrenden“ („abzweckenden,“ wie es in meiner Ausg. heißt, ist offenbar ein Druckfehler) „Noth die Rede ist. In dem Augenblicke der Noth ist praktisch der Staat für den Menschen nicht vorhanden und darum ist Dasjenige, wovon dieser redlich glaubt, daß es zur Abwehrung der Noth erfordert werde“ (Dieß ist zu weit) „weder eine Rechtsverletzung, noch ein Verbrechen.“

Hiernach stützt Grolman die Nothwehr nicht — wie Köstlin, Syst. S. 76 ob. die Worte „daß hier der Staat praktisch für den Menschen nicht vorhanden sei“ deutet — auf einen Zustand aufgehobener Möglichkeit der Koexistenz, welcher an und für sich die Aufhebung des allein auf der Möglichkeit der Koexistenz beruhenden Rechtszustandes enthalte, — sondern der Sache nach auf denselben Rechtsgrund, von welchem auch Köstlin im Wesent-

wie Geyer S. 17 oben einwendet, die Behauptung: „weil der Eine das Recht nicht achte, brauche es der Andere nicht zu achten;“ denn die Kraft, welche zur Herbeiführung eines Unrechtes angewendet wird, kann insoweit, als sie in dieser Anwendung begriffen ist, nicht als Recht, sondern lediglich als Hinderniß des Rechtes in Betracht kommen und behandelt werden; sonst wäre auch nicht einzusehen, warum denn der Zwang, wenn er vom Staate ausgeht, kein Unrecht sein solle. Die nothwendige Verletzung des Angreifers ist nicht, wie Geyer S. 20 unten sagt, ein Hinübergreifen in die Rechtssphäre desselben, und wenn auch derartige Ausdrücke von Solchen gebraucht werden, welche die richtige Ansicht haben, so sind Dieß eben nur kurze, nicht philosophisch ganz genaue Bezeichnungen. Die Nothwehr ist ihrem Wesen nach lediglich Behauptung des eigenen Rechtsgebietes durch Verhinderung des Angreifers an der widerrechtlichen Anwendung derjenigen Macht, welche bei rechtmäßigem Gebrauche sein Rechtsgebiet ausmachen würde. Niemandes Rechtsgebiet reicht so weit, daß die Rechtsgebiete der Anderen durch sein Thun beeinträchtigt werden dürften; insoweit, als zur Verhinderung dieses Erfolges eine Verletzung des Angreifers nothwendig erfordert wird, ist dieselbe gar keine wahre Rechtsverletzung, sondern nur Verletzung einer im Unrechte befindlichen Kraft.

Es ist also mit der richtigen Ansicht der Satz recht wohl

---

lichen ausgeht. Nur der Ausdruck und die Art und Weise der Anknüpfung an das allgemeine philosophische System ist verschieden — gemäß der Verschiedenheit, welche zwischen dem kantischen und hegel'schen System in der Methode besteht. Daß Grolman in der That hier nicht aus der bloßen Unmöglichkeit der Koexistenz folgert, ergiebt schon die Vergleichung mit seinem §. 23; denn hier, beim Nothstande, legt er gerade im Unterschiede von Demjenigen, was er in §. 24 über die Nothwehr sagt, allerdings jenen Gesichtspunkt zu Grunde.

vereinbar, welchen der Sache nach schon Feuerbach aufgestellt hat: der Angreifer verwirke durch seinen rechtswidrigen Angriff den Anspruch auf Achtung und Schonung alles Desjenigen, dessen Verletzung jetzt, in Folge seines rechtswidrigen Thuns zur Erhaltung des bedrohten Rechtes nöthig werde. Hiegegen macht zwar Geyer S. 19 den Einwurf, es sehe schlimm aus mit einem Rechtsprincip, das sich willig finden lasse, ohne Weiteres dem Einen seine Rechte abzusprechen, wenn sie mit denen des Andern nicht zusammenbestehen können. Allein Dieß ist ja eine ganz unrichtige Auffassung. Nicht deßhalb, weil etwa bloß die Rechte nicht zusammenbestehen können, sondern weil der Angreifer diesen Zustand rechtswidrig herbeiführt, und weil in Folge dieser seiner rechtswidrigen That die eine oder andere Verletzung unausbleiblich ist, soll diese empfindliche Folge ihn, der ihre Ursache (und zwar meistens ihr bewußter Urheber) ist, nicht den Angegriffenen treffen, aus dessen Person gar keine Veranlassung zu einer Verletzung hervorgegangen ist.

Dieß ist aber in der That eine Forderung des Rechtes. Geyer selbst bezeichnet S. 23 den rechtswidrigen Angriff als offenen Widerspruch gegen die gesammte Rechtsordnung; — gehört es nun nicht zur Rechtsordnung selbst, daß jener Widerspruch verhindert werde, sich noch weiter, zur wirklichen Rechtsverletzung, zu steigern? —

Ebensowenig, als Geyer's Angriffe auf die bisherige Ansicht, befriedigen seine eigenen Auseinandersetzungen über eine neue philosophische Begründung der Nothwehr. — Ihre Straflosigkeit soll sich auf die „Idee der Vergeltung" stützen, und zwar aus zwei Gründen: erstens, weil die „Uebelthaten," d. h. einerseits der Angriff, andererseits die Vertheidigung, sich gegenseitig ausgleichen (S. 15), und zweitens, weil das Erheben des Streites „mißfalle" (bes. S. 21). —

Was nun das Erstere betrifft, so würde jene „Ausgleichung" lediglich auf Compensation (nicht einmal bloß Retorsion) aller wechselseitigen, gleichen Verbrechen führen. Dieß ist aber keine Nothwehr, und man sieht nicht ein, warum denn jene Ausgleichung bloß in Nothfällen Statt haben soll; sie müßte vielmehr folgerichtig darauf führen, daß der Angegriffene überhaupt dem Angreifer eine ebenso große Verletzung zufügen dürfe, als Dieser ihm, dem Ersteren zugefügt habe — gleichgültig, ob dieses Maaß gerade zur Abwendung der Gewalt einerseits hinreiche und andererseits nöthig sei, oder nicht. Insbesondere wäre an die Stelle der Vertheidigung, mindestens für die Fälle, in welchen voraussichtlich der Staat nicht wird strafen können, ein Recht zur Rache gesetzt. Uebrigens läugnet G. selbst S. 23 jenes Gleichgewicht der „Uebelthaten" insoferne als er in dem Angriffe doch wieder einen Ueberschuß über das „Gleichgewicht der Störungen" sieht, und eben hier kommt er, wie schon oben bemerkt, bei dem Versuche, die Nothwehr von der Strafe dem Inhalte nach zu unterscheiden (was auf seinem Standpunkte unmöglich ist), auf den Begriff der Rechtsordnung zurück, welchen er gerade nur bei der Begründung der Nothwehr nicht auf die erforderliche Weise anwenden will.

Es ist, wie bemerkt, von Geyer's Standpunkt aus nicht folgerichtig, daß er (in §. 3 am Ende) das Vorhandensein der Gefahr über die Zulässigkeit seiner „Nothwehr" entscheiden läßt. Nun verläßt er allerdings selbst diesen Standpunkt beim Maaße der Gegenwehr (§. 3 und 7), aber ebendeßhalb kommt er nicht auf ein Maaß wahrer Nothwehr, sondern auf Etwas, das ganz willkührlich zwischen Vergeltung eines zugefügten Uebel's und zwischen der Abwendung der Gefahr steht und das ebendeßhalb von Geyer selbst gar nicht scharf und deutlich bezeichnet werden kann; er nennt „die

Art und Weise des Angriffes" oder „das Quantum der Drohung" (§. 7).

Hierunter kann man sehr Verschiedenes verstehen; und Geyer drückt sich so unbestimmt aus, daß seine Ansicht nicht leicht in klare Worte zusammengefaßt werden kann. So Viel läßt sich erkennen: es soll darauf ankommen, mit welchen Rechtsverletzungen die vom Angreifer angewendeten Mittel den Angegriffenen bedrohen. Nur wenn der Angreifer mein Leben bedroht, soll ich ihn lebensgefährlich verletzen dürfen u. s. w. (S. 38—41; s. bes. S. 38 am Anf. des zweiten Abs. und auf S. 40 das fingirte Beispiel). Allein ist denn Dieß gleiche Vergeltung der Drohung? sind hier die geschehenen Uebelthaten gleich? — das Maaß der „Gegenwehr" ist ja hier so groß — nicht wie das Maaß der Drohung, sondern wie das einer Verletzung, welche vom Gegner gar nicht verübt worden ist; oder ist denn Drohung eine ebenso große, wirkliche Rechtsverletzung, wie ihre Ausführung? — Ferner, wenn man das Vorhandensein einer Gefahr als Bedingung der Nothwehr faßt — ist es nun folgerichtig, zum Maaße derselben nicht die Größe der Gefahr, sondern die Größe des Nachtheils zu machen, welcher nicht etwa vorhanden ist, sondern vorhanden wäre, wenn jene Gefahr bereits in Rechtsverlust übergegangen wäre? — Man sieht, es ist Dieß ein bloßer Rückfall in den oben S. 383 f. erwähnten Standpunkt, und so faßt denn auch Geyer S. 57 die l. 1. §. 27 und l. 3. §. 9 D. de vi mit großer Genugthuung in einer Weise auf, über welche schon fast alle Glossatoren, ferner Gandinus u. s. w. hinausgekommen waren. Ein neuer Widerspruch mit diesem Standpunkte ist nun Dasjenige, was Geyer S. 26—31 über „Eigenthums- und Ehrennothwehr" ausführt und womit er im Wesentlichen auf dieselben Ergebnisse kommt, wie die richtige Ansicht. Und bei der

Ueberschreitung der Nothwehr räumt er nachträglich ein, diese Ueberschreitung sei da vorhanden, „wo die Gegenwehr über das Maaß der Gefährlichkeit des Angriffs hinausgehe," und erklärt er sich mit Levita einverstanden, welcher doch von der richtigen, entgegengesetzten Grundansicht ausgeht. Also die Entscheidung darüber, ob das Maaß überschritten, nicht aber die, ob es vorhanden sei, soll von der Größe der Gefahr abhängen. Dieß ist ein offenbarer Widerspruch [1]).

Auch Geyer's zweiter Grund „das Mißfallen der Erhebung des Streites" (§. 3) ist nicht stichhaltig. Vor Allem ist jenes Mißfallen nicht, wie er glaubt, ein ethisches Urtheil, sondern Sache des Gefühls, das G. selbst S. 17 für eine „gefährliche Instanz" erklärt. Sodann ist jenes „Urtheil" gar nicht allgemein richtig. Nicht jeder Streit mißfällt, sondern nur ein rechtswidriger, ein solcher, welcher die Rechtsordnung verletzt, und so ist auch hier die Frage wieder auf den Boden des Rechtes hinübergeleitet, als letzter

---

1) Gar keine Anwendung kann der Grundsatz der Vergeltung auf die Gegenwehr wider Angriffe Unzurechnungsfähiger leiden. Geyers Ausführung hierüber (S. 25 unten, 26 oben) ist deßhalb nicht mit seinem allgemeinen Standpunkte vereinbar, überdieß aber auch an sich nicht befriedigend. G. giebt nämlich dafür, daß die Nothwehr hier keine Rechtsverletzung enthalte, zwei Gründe an:

„wo die That" (der Angriff) „nicht aus dem Ich komme, erscheine sie nicht als Willenseffect"

und

„wo mir kein Wille gegenübertrete, könne ich kein Recht verletzen."

Allein gegen das Erste kommt in Betracht, daß die Verletzung, welche in der Nothwehr liegt, nicht bloß die That des Angreifers, sondern dessen Person oder Vermögen trifft, und die Unrichtigkeit des zweiten Satzes, so wie ihn G. versteht, zeigt sich schon darin, daß er ja auf völlige Rechtlosigkeit Derer führen würde, welche gerade jetzt, thatsächlich keinen wirksamen Willen haben — also aller Kinder, Geisteskranken u. s. w. — Ueberdieß aber fehlt nicht jedem criminell Unzurechnungsfähigen der Wille überhaupt, oder auch nur alle privatrechtliche Wirksamkeit desselben.

Grund eben doch nicht das bloße Mißfallen am Streite, sondern die Forderung aufgestellt, daß die Rechtsordnung wider Störungen aufrecht erhalten werden müße. Das Mißfallen am Streit genügt überhaupt in keinem Falle, wie Geyer glaubt, zur Deduction des Rechtsbegriffes; das Richtige, welches in ihm angedeutet (aber auch bloß angedeutet) ist, beweist nur die Nothwendigkeit, das Recht, dessen Inhalt aber anderweitig nachgewiesen werden muß, durch objective Anstalten mit Nothwendigkeit zu verwirklichen, also die nothwendige Positivität des Rechtes und dessen zwangsweise Durchführung Seitens des Staates in allen einzelnen, gegebenen Fällen.

So führt denn jenes bloße Mißfallen am Streite — wovon Geyer in §. 2 mit so großem Nachdrucke ausgeht — auch keineswegs an sich schon auf die Nothwehr, sondern, wenn man es in seiner Einseitigkeit festhält, folgerichtig weit eher auf das Gegentheil, nämlich darauf, daß der Bedrohte sich Demjenigen fügen solle, was sein Gegner will: denn so könnte nie wirklicher Streit entstehen. Die Nothwehr verhindert nicht den Streit als solchen, im Gegentheile, sie verwandelt den bloßen Angriff erst in wirklichen Streit; aber ihre Zuläſſigkeit ist allerdings geeignet, von Erhebung rechtswidrigen Streites, von rechtswidrigen Angriffen abzuschrecken.

Eben dieses Letztere aber ist nur ein einzelner Ausfluß des allgemeinen Verhältnisses, daß die Nothwehr in der Rücksicht auf Erhaltung des Rechtes ihren Grund hat, und es ist also jedenfalls einseitig, auf ihre abschreckende Wirkung in der Weise, wie Dieß Geyer thut, überwiegendes Gewicht zu legen. Zugleich stimmt Dieß aber eben mit jener bloßen Begründung auf das Mißfallen des Streites nicht mehr zusammen; die Nothwehr ist nicht allgemeines Verhütungsmittel des Streites überhaupt, sondern könnte nur als Mittel, von

rechtswidrigen Angriffen (rechtswidrigem Streiterheben) abzuhalten, in Betracht kommen.

§. 49.

Zu einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Nothwehr würde es nun noch gehören, die philosophischen Ansichten über dieselbe, die Gründe und Gegengründe Neuerer in Bezug auf die einzelnen Streitfragen, und die Bestimmungen der heutigen Strafgesetzbücher aufzuführen und zu prüfen. Dieß kann aber um so füglicher unterlassen werden, als es erst in den letzten Jahren dreimal, von Köstlin in seinem Systeme, von Levita und von Geyer geschehen ist. Was insbesondere die gemeinrechtliche, romanistische Wissenschaft und Rechtsübung betrifft, so haben sich hier die Erörterungen in der Hauptsache immer wieder in denselben Fragen herumbewegt, welche schon von den Italienern zur Genüge besprochen worden waren. Die beste, mit Recht schon von Grattenauer gerühmte Ausführung ist aus der älteren Zeit die des Spaniers Perez, welcher, dem reinen römischen Rechte folgend, die Nothwehr in weitestem Umfange — ähnlich wie Clarus — freigegeben wissen will [1]).

Die Italiener nach Clarus und Bossius beschäftigten sich — soviel ich aus den von mir nachgelesenen Darstellungen, namentlich denen des Decianus und Menochius — ersehen kann, nur wenig mehr mit unserer Lehre; eine Ausnahme macht der Kompilator Farinacius, der hier, wie sonst, die Ansichten Aelterer zusammenstellt. Eben jene Thatsache ist ein neuer Beleg dafür, daß die Ausarbeitung unserer Lehre in ein reiches Netz kasuistischer Einzelnheiten bei den älteren

---

1) Praelectiones in XII. libros Codicis (Kölner Ausg. v. 1661 in IV.), zum Tit. ad legem Cornel. de sicar. nr. 34—44.

Italienern wesentlich eine Wirkung des praktischen Bedürfnisses war, welches mit der Veränderung der ob. S. 397 geschilderten Zeit-Verhältnisse sehr zusammenschrumpfte. Eben jene eingehende Bearbeitung unserer Lehre aber wurde nun von den Deutschen seit dem 16ten Jahrhundert aus den alten italienischen Werken in die ihrigen übertragen; so insbesondere von Berlich [1]), welcher sich übrigens, namentlich in der Lehre von der Vermögens-Nothwehr, durch selbstständiges, klares und scharfes Urtheil auszeichnet, und von Carpzov [2]), welcher auch in unserer Lehre Berlich auf's Stärkste ausschreibt und es hiemit dahin gebracht hat, daß die späteren Schriftsteller, bis auf Levita einschließlich, überall in unserer Lehre, wo sie überhaupt so weit zurückgehen, fast nur ihn und nirgends Berlich nennen. Auch Leyser, Kreß, Böhmer [3]) und die Dissertationen des 17. und 18. Jahrhunderts haben an unserer Lehre nichts Wesentliches geändert [4]). Neues Leben und einen neuen

1) Conclusiones practicabiles, ps. IV. conclus. XII—XVIII.

2) Practica, quaestio 28—33.

3) Leyser, meditationes ad Pand. spec. 600, Kreß, commentatio succincta in C. C. C. zu Art. 139 ff., 150 §. 1—10, 12; Böhmer, observat. sel. ad Carpzovii practicam, qu. 28—33 und meditationes in CCC. Art. 139 ff., 150 §. I, II. — Außer Diesen sind noch z. B. zu nennen Voet, commentar. ad Pand. zum Tit. 48, 8 ad leg. Cornel. nr. 11—13, und Matthäi, de criminibus im 5ten Titel zum 48sten Buche der Pandekten, Nr. 7—12.

4) Von diesen Dissertationen konnte ich folgende nachlesen: Thomasius, D. an contra stupratorem violentum locum habeat moderamen inculpatae tutelae (Leipzig 1737), Fromann, D. de fuga (Tüb. 1678), Rivinus, D. de jure vitae et necis in furem privato competente (Leipzig 1740), C. G. Buder, D. de violenta defensione privata in statu civili (Jena 1749), Hellefeldt, D. de violenta rerum nostrarum defensione (Jena 1768 — auch in Dess. opusc. nr. 21), Püttmann, D. de moderamine inculpatae tutelae ad Ciceronis orationem Milonianam (Leipzig 1783 — auch in Dess. opusc. juris criminalis, Leipzig 1799). — Die drei neueren Dissertationen von Emet, Bang und v. d. Maesen

inneren Halt erhielt sie dagegen mit der Anwendung der kantischen Philosophie besonders durch Feuerbach und Grolman; Letzterer namentlich giebt schon ganz die richtige philosophische Begründung, welche sich der Hauptsache nach gleich — nur natürlich wegen der Anknüpfung an das allgemeine philosophische System in anderer Form — bei Köstlin findet [1]). Auch unsere neueren Gesetzbücher haben im Allgemeinen den richtigen Standpunkt, gegen welchen Geyer mit den oben widerlegten Gründen wohl vergebens ankämpfen wird; nur sind die einzelnen gemeinrechtlichen und philosophischen Streitfragen in diesen Gesetzen zum Theil nicht richtig entschieden. Eine Uebersicht über ihre Bestimmungen zu geben, halte ich nicht für angemessen, zumal da ich in Bezug auf solche Uebersichten ganz das Urtheil für das richtige halte, welches Wächter in Schletters Jahrb. I. S. 112, 113 ausgesprochen hat. Ich begnüge mich daher, zum Schlusse einzelne praktische Sätze zusammenzustellen, welche besonderer Hervorhebung werth sein mögen und in deren Begründung ich durch diese meine Arbeit zu der Lehre von der Rechtsvertheidigung Einiges beigetragen zu haben glaube:

I. Diejenige rechtmäßige Selbstvertheidigung, welche eine Verletzung des Unrecht Drohenden enthält, ist theils Nothwehr — nämlich soweit sie gegen wirkliche Angriffe geht —

---

konnte ich, da sie vergriffen sind, nicht erhalten. Beachtenswerth sind auch für unsere Lehre die ob. S. 227. Anm. 3 genannten niederländischen Dissertationen, welche ich in dieser Beziehung sonst nirgends angeführt finde.

1) S. oben S. 450 f. Anmerk. Die neueren Schriften brauche ich, da sie überall in den Handbüchern, z. B. bei Kappler und bei Köstlin, angeführt sind, nicht aufzuzählen. Hinzuzufügen sind jetzt nur die oft angef. Schriften von Levita und Geyer, sowie die Ausführungen Krug's in seinem Comment. zum sächs. St.G.B. Bd. I. S. 193—195 und im Gerichtssaale Bd. XV. (1856) S. 321 ff. (vergl. auch Schletter's Jahrbücher Bd. III. S. 124, 125, Nr. 50).

theils anderweitige Erhaltung eines thatsächlichen Verhältnisses, auf dessen Dasein der Bedrohte ein Recht hat und durch welches für ihn die Möglichkeit, ein Recht zu behalten oder thatsächlich wieder verwirklichen zu können, bedingt ist. Auch die letztere Art von Selbsthülfe ist Selbstvertheidigung; denn Vertheidigung ist jede Gewalt, durch welche ein bestehendes thatsächliches Verhältniß erhalten wird; — die Selbsthülfe geht hier nicht auf Wiedererlangung des Entzogenen als solche oder gar auf Rache, sondern auf Erhaltung (Vertheidigung) von etwas thatsächlich Bestehendem [1]). — Ob. S. 283 — 290, 324—353.

---

1) Ebendeßhalb wird meine Begründung von Demjenigen gar nicht berührt, was Krug im Gerichtssaale a. a. O. S. 329—332, 336 darüber bemerkt, daß die Selbsthülfe gegen den fliehenden Dieb nicht zur Nothwehr gehöre: denn dessenungeachtet kann sie ja doch Selbstvertheidigung in dem obigen Sinne sein, und daß sie als solche nach den Grundsätzen des römischen Rechtes anerkannt werden muß, geht aus meiner obigen Darstellung über dasselbe zur Genüge hervor. Namentlich liefert die dortige geschichtliche Untersuchung den Nachweis, daß die Worte „**sine periculo suo**" in **l. 9. D. ad leg. Cornel.** keineswegs bloß, wie auch Krug S. 335 glaubt, eine Gefahr für die Person selbst, im Gegensatze zu der für das bloße Vermögen, bezeichnen. Dieß anzunehmen, wäre schon an sich eine willkührliche Beschränkung der allgemeinen und deutlichen Worte; überdieß aber bedeuten dieselben ja den Gegensatz gegen solche Fälle, in denen gar keine Gefahr — auch keine für das bloße Vermögen — vorliegt. S. ob. S. 259—269. — Mit Demjenigen übrigens, was Krug S. 334 über die Bedeutung von **deprehendere** sagt, stimmt meine Bemerkung S. 295. Anm. a. E. überein. Allein dessenungeachtet wird, nach Demjenigen, was ich in ders. Anm., sowie auf S. 271—283 und S. 336 ff. ausgeführt habe, die Zulässigkeit der Verletzungen, welche zur bloßen Vertheidigung des Vermögens nothwendig sind, durch die **l. 4. §. 1. D. ad leg. Aquil.** und **l. 54. §. 2. D. de furtis** nicht widerlegt. Sogar der Selbstvertheidigung gegen den fliehenden Dieb, welcher keinen bewaffneten Widerstand leistet, stehen diese Stellen nicht entgegen; denn das ob. S. 295 Anm. und S. 271—273 Gesagte findet auch hier Anwendung: die allgemeinen Grundsätze über das Vertheidigungsrecht treten ergänzend zu Demjenigen hinzu, was in

II. Die sogenannte Eigenthums-Nothwehr insbesondere ist, wo sie nicht mit Vertheidigung bestehenden Besitzes zusammentrifft, Vertheidigung von der zweiten, unter I. bezeichneten Art.

Hierher gehört namentlich die Gewalt gegen den fliehenden Dieb, welcher die gestohlene Sache zu vernichten oder dem Eigenthümer unzugänglich zu machen droht. Diese Gewalt ist nicht Nothwehr, Vertheidigung des Besitzes. Denn als Unterlage und Voraussetzung müßen, wie überall im Strafrechte, so auch hier, die privatrechtlichen Verhältnisse und Begriffe anerkannt werden. Daß es einen besonderen „criminalrechtlichen Sinn" des Begriffes Besitz gebe, wie Geyer S. 41, 42 (vergl. mit S. 23, 24) meint, ist eine gänzlich unhaltbare Behauptung. Uebrigens ist der angeblich criminalrechtliche Sinn, welchen Geyer S. 42. Zeile 8—10 diesem Begriffe beilegt, in der That der privatrechtliche, welcher nur von Geyer, ebenso wie von Sander, Berner, Levita und A. unrichtig angewendet wird. Insoferne hat daher Krug, in seinem Comment. S. 195 und im Gerichtssaale Bd. XV. S. 333, 334 gegen die Angeführten Recht; vollständiger aber war die richtige Ansicht schon von Wächter an den oben S. 344 ff. bezeichneten Orten begründet worden.

Ebendeßhalb aber kann nur die Aufstellung der zweiten, oben unter Z. I. genannten Art von Selbstvertheidigung die rechtliche Anerkennung jener Selbsthülfe gegen den fliehenden

---

jenen Stellen ausdrücklich nur als Inhalt der XII Tafeln, nicht so, als ob es das geltende Recht erschöpfte, angegeben wird. Daraus, daß das Recht, einem fliehenden Diebe nachzuwerfen oder nachzuschießen, nicht ausdrücklich vorbehalten ist, kann hiegegen um so weniger Etwas geschlossen werden, als dieses Recht eben nur in Anwendung auf das Schießen, und hier erst seit Erfindung der Feuerwaffen, irgend häufiger praktisch zur Sprache kommen kann, so daß die römischen Juristen vielleicht gar keine Veranlassung bekamen, sich darüber zu äußern.

Dieb begründen[1]). Dieselbe ist Vertheidigung — aber nicht mehr des (verlorenen) Besitzes, sondern nur des Eigen=

---

1) Es mag gestattet sein, bei dieser Gelegenheit eine Bemerkung Levita's S. 175 Anm. über das württembergische Recht zu berichtigen. Er hält die Intention des Art. 102. Ziff. 2 des württ. St.G.B.'s für zweifelhaft; allein das Gesetz gestattet ausdrücklich und allgemein die Selbstvertheidigung gegen den mit der gestohlenen Sache entlaufenden Dieb, und hiernach hat das Wort „Gewaltthat" in dieser Ziffer lediglich einen weiteren Sinn, welcher sich der weiteren Bedeutung des römischen vis (s. ob. S. 276) annähert.

So besteht in den Worten des Gesetzes gar nicht der Widerspruch, welchen Hepp, Komm. Th. I. S. 706 Anm., S. 711 Anm. annimmt, oder der Zweifel, von welchem auch Krug im Gerichtssaale a. a. O. S. 335 spricht. Die Ziffer 2 ist lediglich aus den betr. Worten des Regierungsentwurfes (Art. 96. Z. 2) und dem von den Motiven beigefügten Satze

„unter der „Hinwegnahme des beweglichen Eigenthums" sei auch der Fall der Verfolgung des entlaufenden Diebes begriffen"

zusammengesetzt, und der Beisatz muß daher auch im Gesetze um so gewisser in der vollen natürlichen Bedeutung verstanden werden, als dieselbe in den Motiven S. 95 durch die Berufung auf die Anmerkungen zum bairischen St.G.B. auf's Bestimmteste bezeichnet ist. — Da das schließliche Ergebniß der Berathung lediglich die Wiederherstellung des Entwurfes mit jenem Beisatze der Motive war, so muß für die Auslegung auch der Sinn des Entwurfes und der Motive entscheiden (den Grundsatz, aus welchem Dieß folgt, s. in Wächter's Handbuch des württ. Privatrechtes II. S. 147 ff., bes. S. 148. Z. 2). Hiegegen können die zweierlei abweichenden Aeußerungen, welche in den Verhandlungen fielen und auf welche sich Levita beruft, nicht in Betracht kommen: denn — auch von allem Anderen abgesehen — ist die Auslegung, „daß sich die Stelle nur auf den gewaltsam eingedrungenen Dieb beziehe," nicht etwa in einem Beschlusse der K. der St.=H., sondern nur in der Aeußerung eines einzelnen Mitgliedes aufgestellt, und was die von Levita angef. Erklärung eines Regierungscommissärs betrifft, so könnte dieselbe einen von den Motiven abweichenden Sinn schon darum nicht begründen, weil sie nicht im Namen des Königs abgegeben ist (den Grund hievon s. bei Wächter a. a. O. Anm. 13) und weil sie der letzten Beschlußfassung erst nachfolgte, also nicht mehr für den Sinn, in welchem irgend ein Beschluß gefaßt wurde, maaßgebend gewesen sein kann. — Ueberdieß aber

thums selbst. — Oben S. 336 ff., 346 ff., vergl. S. 295 Anmerkung.

III. Auch zu Gunsten der Forderungsrechte giebt es eine Rechtsvertheidigung, welche der obigen, zweiten Art angehört. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Selbsthülfe gegen den Schuldner, welcher mit Vermögensstücken entweicht, um dieselben der möglichen rechtmäßigen Verwendung zur Befriedigung der Gläubiger zu entziehen. — Ob. S. 290, 324—339.

IV. Bedingung der Rechtsvertheidigung ist sowohl nach römischem und gemeinem deutschem Rechte, als nach der Natur der Sache nicht bloß die Unmöglichkeit obrigkeitlicher Hülfe, sondern überhaupt die Unmöglichkeit, das drohende Unrecht ohne Gefahr für irgend ein Recht abzuwenden. Also ist

1) Bedingung der Nothwehr die Unmöglichkeit, das bedrohte Recht ohne Gefahr dem Angriffe zu entziehen. — Ob. S. 291, 292 mit der Anm. 2, S. 403—406, 433—437; s. jetzt auch Geyer S. 34—36 oben (wo die Begründung übrigens nur theilweise mit meiner Ansicht übereinstimmt), S. 63 unten — 64, S. 141 (wo in Bezug auf die P.G.O. nicht weit genug gegangen ist).

2) Bedingung der anderen, mit Verletzung verbundenen Rechtsvertheidigung ist die Unmöglichkeit, das bedrohte thatsächliche Verhältniß anderweitig sicher zu stellen, oder den rechtlichen Endzweck der Vertheidigung anderweitig durch eine ganz sicher

---

widersprechen jene Aeußerungen sich selbst und dem Inhalte des Gesetzes; denn die „Gewaltthat" in dem engeren Sinne, welchen sie zu Grunde legen, das Einbrechen oder Einsteigen u. s. w., ist doch nicht der Gegenstand derjenigen Selbstvertheidigung, welche gegen den fliehenden Dieb ausgeübt wird. S. über den Gang der Berathung den Hauptbericht der Kommiss. der II. Kammer S. 123, sodann deren Protokolle über die 19te Sitzung, S. 43—45, 49—51, und über die 71ste Sitzung S. 45—68, endlich die Verh. der K. d. Standesh. H. II. S. 524—527, Beil.-H. I. S. 170, 280.

in Aussicht stehende Wiedererlangung des Entzogenen oder nach Umständen Entschädigung zu erreichen. — Ob. S. 330, 353—356; vergl. jetzt auch Krug, im Gerichtssaale Bd. XV. S. 339.

Diese letztere Bedingung hat man mit Unrecht schon auf die Nothwehr angewendet. Der erste, dogmengeschichtliche Grund hievon war die mißverständliche Auffassung römischer Gesetzesstellen, welche von der Tödtung des Diebes handeln (s. ob. S. 389—391, bes. 391 Anm. 3). Daß aber der Irrthum bis in die neueste Zeit fortbestand, erklärt sich vornämlich aus dem Mangel der oben unter Z. I. bemerkten Unterscheidung zwischen den zwei Arten der rechtmäßigen, verletzenden Selbstvertheidigung (s. ob. S. 331, 332, 353).

Insbesondere kann der Satz, welchen z. B. die Kommission der württ. Abg.-K. in ihrem Hauptberichte S. 125 entscheiden läßt,

> daß die Aufstellung jener Bedingung („Milderung des strengen Rechtes" — sagt die angef. Komm.) durch die Moral und das Christenthum gefordert werde,

in der That nur auf die Fälle, welche unter Ziffer 2 gehören, nicht auf die eigentliche Nothwehr, Anwendung leiden, und ebendeßhalb enthält die von mir nachgewiesene richtige Unterscheidung mit der Folge, welche sich aus ihr ergiebt, zugleich die Lösung für den vermeintlichen Widerstreit des Rechtes mit der Religion und Moral.

V. Selbstvertheidigung ist zu Gunsten aller Rechte zulässig [1]).

---

1) Hiegegen kann auch für das positive Recht Nichts daraus geschlossen werden, daß die P.G.O. sich ihren Worten nach nicht so weit ausdrückt. Denn sie nennt in Art. 139 ff., gerade so wie die Italiener, nur den zu ihrer Zeit wichtigsten Fall, und ebendeßhalb muß im Zweifel angenommen werden, daß sie damit ebensowenig, wie jene ihre Vorgänger,

1) Von der Selbstvertheidigung zu Gunsten des Vermögens spricht zwar die P.G.O. nicht. Der Grund hievon ist aber nur der, daß zu ihrer Zeit die Zulässigkeit derselben in der Wissenschaft als bestritten galt und deßhalb die P.G.O., wie sonst, so auch hier, der Entscheidung der vermeintlichen wissenschaftlichen Streitfrage nicht vorgreifen wollte [1]). Da nun aber die damaligen Rechtslehrer den vermeintlichen Streit nur bei Vertheidigung des eigenen Vermögens erwähnen und die Vertheidigung fremden Gutes als unbestrittener Maaßen rechtmäßig behandeln, so folgt ihnen die P.G.O. in letzterer Beziehung im Art. 150, indem sie die Tödtung zur Rettung fremden Gutes gestattet — was, eben nach der Vergleichung mit dem damaligen Stande der Wissenschaft und Praxis jedenfalls auf die Rechtsvertheidigung allgemein bezogen werden muß (s. ob. S. 392 f., bes. Anm. 3). Die Ueberschrift, der Eingang und der Schlußsatz des Art. 150 stehen keineswegs entgegen, sondern weisen vielmehr eben auf jene Vergleichung als ergänzendes Auslegungsmittel hin.

Aus dieser Bestimmung des Art. 150 und dem römischen Rechte, sowie der damaligen Wissenschaft und Praxis, in welcher das Recht zur Vertheidigung des Vermögens in der That feststand und nur mit Unrecht, in Folge eines Mißverständnisses

---

den weiteren Umfang der rechtmäßigen Selbstvertheidigung läugnen wollte. Es hat also lediglich keine rechtliche Bedeutung, daß die P.G.O. den Ausdruck Nothwehr nur in jener engeren Anwendung gebraucht — worauf nun auch wieder Geyer, S. 134 ff. großes Gewicht legt. Erschöpfende Definitionen darf man überhaupt in den Artikeln der P.G.O. über allgemeine Lehren nicht suchen.

1) Schon deßhalb beweist namentlich Geyer's Einwendung Nichts: man könne unmöglich annehmen, daß die P.G.O. dort den Fall der Vertheidigung des eigenen Gutes übersehen habe. — Geyer folgt überhaupt der Luden'schen Ansicht, mit deren Widerlegung sich das oben unter Z. 1 Gesagte beschäftigt.

für bestritten gehalten wurde, ergiebt sich obige Entscheidung. Völlig unstichhaltig ist die Einwendung, welche Luden gegen den aus Art. 150 geschöpften Beweisgrund erhebt:

„mit größerem Rechte könne man daraus, daß die Nothwehr zur Rettung eigenen Gutes nicht gestattet sei, den Schluß ziehen, daß sie auch zur Rettung fremdes Gutes nur unter der Voraussetzung gebraucht werden dürfe, daß zugleich ein Angriff auf Leib oder Leben des Anderen Statt hatte" (Handb. S. 297 in der Anmerkung).

Denn das Gegentheil steht ja ausdrücklich im Art. 150, indem er Tödtung zu Rettung von „leib, leben **oder** (nicht: und!) gut" nennt. Auch ist nicht richtig, daß, wie Luden sagt, Remus in seiner Paraphrase die betreffende Stelle des Art. 150 in jener Weise auffasse; Remus umschreibt vielmehr nur so: „par est ratio ejus, qui alterius defendendi causa" u. s. w. und giebt als weitere Belege zu der Stelle Anführungen aus den Italienern, welche bekanntlich zur rechtmäßigen Vertheidigung eines Dritten auch die seines Gutes zählten. Endlich ist ja die Vertheidigung des eigenen Vermögens nicht, wie Luden sagt, „nicht gestattet", sondern nur von der P.G.O. nicht genannt und ihrem Sinne nach, der auf die Ergänzung aus dem richtig aufgefaßten römischen Rechte und der Wissenschaft hinführte, eben dieser Ergänzung zufolge allerdings gestattet. S. ob. S. 271—283, 294—296, 389—393, 398.

2) Vertheidigung der Ehre ist aus den ob. S. 299 ff. angeführten Gründen schon nach römischem Rechte durchaus zuläßig. Von der P.G.O. gilt hier nach Art. 140 ganz Dasselbe, was ob. S. 398 Anm. 1 a. E. über die Italiener gesagt worden ist.

Die sofortige Erwiderung (Retorsion) von Ehrenbeleidigungen wurde zwar nicht von Anfang an, nicht von den älteren Italienern mit Einschluß noch des Angelus Are-

tinus und Augustinus Ariminensis, wohl aber von den späteren, welchen denn auch hier die deutschen Rechtslehrer vom 16. Jahrhunderte an folgten, ganz auf diesen Gesichtspunkt zurückgeführt und deßhalb insoweit für rechtmäßig erklärt (s. ob. S. 398, 408—411, vergl. mit S. 300 in der ersten Anm. gegen das Ende).

In Deutschland gieng aber dabei, vermöge einer eigentlich allzuweiten Auffassung Dessen, was noch zur Vertheidigung der Ehre gehöre, die Straflosigkeit der Erwiderung in gleichem Maaße zwar keineswegs unbedingt, aber doch in größerem Umfange, als jenem Gesichtspunkte gemäß ist, in unbezweifelten, feststehenden Gerichtsgebrauch über. Gegenüber ehrenkränkenden und verläumderischen Bezüchten nämlich betrachtete man alle solche sofortige Erwiderungen, durch welche der Beleidigte irgendwie die Unglaubwürdigkeit seines Gegners und seines Bezüchtes ausdrückt, als straflos, wenn sie das Maaß der ersten Beleidigung nicht überschreiten. (S. die oben S. 300 a. E. der ersten Anm. und S. 410 Anm. Angef.)

VI. Rechtsvertheidigung gegen Maaßregeln der Obrigkeit ist alsdann gestattet, wenn es diesen Maaßregeln an irgend einem Erforderniß ihrer Zulässigkeit und beziehungsweise Gültigkeit fehlt;

1) also gegenüber allen nichtigen Verfügungen, wofern nicht das Vorhandensein der Nichtigkeit durch die Entscheidung der hiezu ausschließlich zuständigen Behörde verneint worden ist.

2) nicht gegenüber solchen Verfügungen, welche die Obrigkeit innerhalb des rechtmäßigen Spielraumes trifft, der ihrer Reflexion und Entscheidung überlassen ist — sollte auch die Verfügung materiell ungerecht sein, d. h. das Recht im objectiven Sinne nicht auf die richtige Weise auslegen oder anwenden. Ebendeßhalb gilt nach gemeinem

deutschem Rechte auch im Falle der Ziffer 1. die dort beigefügte Beschränkung.

Es gilt ferner natürlich auch hier die oben unter Nr. IV. genannte allgemeine Bedingung der Selbstvertheidigung, und Dieß führt hier u. A. darauf, daß der Widerstand, insbesondere auch im Falle der Z. VI. 1. alsdann nicht gestattet ist, wenn die Gefahr durch ein Rechtsmittel oder eine einfache Beschwerde beseitigt werden kann.

Unersetzlichkeit des drohenden Schadens dagegen ist auch hier nicht Bedingung der Nothwehr.

S. ob. S. 277—279, 296, **307—315, 399—401.**

VII. Die Gefahr, um deren Vermeidung es sich bei der Rechtsvertheidigung handelt, muß stets eine wirkliche Rechtsgefahr sein. Hieraus folgt, daß der Gegenstand, dessen Verlust droht, irgend einen rechtlichen Werth haben muß, nicht ganz bedeutungslos sein darf (vergl. ob. S. 405). Dieß muß

1) von dem Gegenstande gefordert werden, auf welchen der Angriff gerichtet ist. Auf eine werthlose Sache z. B. kann freilich der logische Begriff des Eigenthums angewendet werden; aber praktisch genommen kommt sie nicht als Gegenstand des Eigenthums in Betracht, und folglich kann ihr zu liebe auch nicht Jemand, welcher sie zerstören oder an sich nehmen will, verletzt werden. Die gegentheilige Behauptung wäre ein Verfallen in den nämlichen Fehler, auf welchem der „Achilles" der alten Philosophen beruht; eine Beweisführung aus dem bloß formalen, abstracten Begriffe in einem Falle, wo es sich doch nur um dessen praktischen, wirklichen Gehalt handeln kann. Welche Gegenstände aber als praktisch völlig werthlos in Betracht kommen müßen, richtet sich nach den Umständen [1]).

---

1) Auch hier, wie ob. im Falle der Nr. IV. 2, führen die streng rechtlichen Grundsätze bei gehöriger Anwendung auf die Lösung des ver-

2) Aus demselben Grunde ist Nothwehr nicht zulässig, wo man sich der Gefahr auf eine solche Weise entziehen kann, welche die Freiheit der Bewegung nur auf ganz unerhebliche Weise beeinträchtigt; und ebenso berechtigt die anderweitige, oben genannte Rechtsvertheidigung nicht zu einer Verletzung, wenn der Berechtigte ganz sichere Aussicht auf Entschädigung hat und diese rechtlich für ihn von ganz demselbem Werthe ist, wie die Widererlangung des entzogenen Gegenstandes selbst. Bloßer Eigensinn des Berechtigten kann auch in dieser Beziehung rechtlich nicht mit der Wirkung in Betracht kommen, ihm die Befugniß zur Verletzung eines Anderen zu verschaffen (s. ob. S. 355).

VIII. Zur Ueberschreitung der Nothwehr gehört auch eine solche Verletzung, welche dem Angreifer nach vorübergegangener Gefahr sofort zugefügt wird. Hierüber, sowie über Weiteres, was die Ueberschreitung der Nothwehr betrifft, siehe oben S. 406—408, 417—419, vergl. mit S. 319—324, 437—440 [1]).

---

meintlichen Widerstreites der folgerichtigen Ansicht über die Vertheidigung mit der Moral und dem sittlichen Gefühle. Gewiß mit Recht wollen Zachariä und ebenso die bairischen Motive von 1854 Denjenigen bestraft wissen, welcher in gewöhnlichen Verhältnissen den mit einem gestohlenen Stückchen Brod entlaufenden Armen durch eine nachgesendete Kugel tödtet. (Zachariä im N. Arch. 1843. S. 429, bair. Mot. v. 1854. S. 62. Ziff. 4. litt. c.) Hiefür spricht aber nicht bloß das Gefühl, sondern der oben angegebene Rechtsgrund. Durch das Ausgeführte erledigen sich nun aber die Streitfragen, ob zu Gunsten geringfügiger Sachen Nothwehr zulässig sei und ob dieselbe mit dem Werthe des bedrohten Gutes in Verhältniß stehen müße. Das Einzige von Bedeutung, was für die Bejahung dieser beiden Fragen angeführt werden kann, führt eben nur auf den oben im Texte aufgestellten Satz, findet aber auch in diesem seine volle Berücksichtigung.

1) Auf einem völligen Mißverständniß beruht Geyers Behauptung, (S. 169), daß nach dem württemb. St.G.B. die Ueberschreitung nur alsdann bestraft werde, wenn sie in einem Todtschlage oder einer Körperverletzung bestehe. Im Gegentheile führt der Schlußsatz des Art. 103

IX. Die Anwendung der Rechtsgrundsätze über den thatsächlichen Irrthum führt auf Folgendes:

Wer von einem rechtswidrigen Angriffe bedroht ist oder bedroht zu sein glaubt, deßgleichen wer einem so Bedrohten hilft oder zu helfen glaubt — Dem können diejenigen Verletzungen, von welchen er redlich glaubt, daß sie zur Abwendung der Gefahr nothwendig seien, nicht als vorsätzliche Verbrechen zugerechnet werden — mögen auch gleich in Wirklichkeit die thatsächlichen Bedingungen der Nothwehr nicht oder nicht alle vorhanden gewesen, oder die Nothwehr überschritten sein.

Dagegen müßen in diesen beiden Fällen jene Verletzungen alsdann als fahrlässige Verbrechen gestraft werden, wenn der Handelnde, je nach den Umständen seiner Lage und je nach seiner Persönlichkeit, den Irrthum mit gewöhnlicher Vorsicht hätte vermeiden können, und jene Verletzungen solche sind, welche überhaupt im Falle fahrlässiger Verübung bestraft werden. S. ob. S. 418.

---

darauf, daß alle Verbrechen, welche in jener Ueberschreitung verübt werden, nach den Strafbestimmungen des besonderen Theiles geahndet werden; dabei ist nur für die wichtigsten und häufigsten Fälle — nämlich die der Art. 243 und 265 — ein Milderungsgrund aufgestellt, welcher übrigens analoge Anwendung auf andere Verbrechen recht wohl zuläßt.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 3 in Z. 4 der Anm. l. widerlegt st. wiederlegt.

Zu S. 46 mag nachträglich noch die Zahl der Erkenntnisse wegen der das. genannten Verbrechen aus den zwei folgenden Jahren angeführt werden. Es waren

	Erkenntnisse der Schwurgerichtshöfe.						fernere Erkenntnisse wegen Diebstahls.	
	wegen Mordes	Kindsmords	Todtschlags	Raubes	Brandstiftung	Diebstahls	freisger.	bezirksger.
$18^{54}/_{55}$	6	2	1	13	30	16	1066	2055
$18^{55}/_{56}$	3	9	3	12	18	14	650	1316

S. die amtl. Beil. zum württ. Staatsanzeiger vom 14ten Jan. und vom 16ten Nov. 1856. — Es hat sich überhaupt seit 1855 die Zahl der Verbrechen und der Strafgefangenen in Württemberg, ohne Zweifel vornämlich in Folge der Besserung in der materiellen Lage der Bevölkerung, ungemein stark vermindert.

Auf S. 48 Z. 8 lies **§. 10** st. **§. 9.**
„ „ 56 „ 9 „ **§. 11** „ **§. 10.**
„ „ 59 „ 12 „ **§. 12** „ **§. 11.**

Zu S. 141—143 Nr. II. 1. — Was ich das. über das preuß. Recht bemerkt habe, wird von Köstlin im N. Arch. 1856. S. 282 Anm. 34 ganz unrichtig so dargestellt, als ob ich mich dort für die von Köstlin auf's Heftigste angegriffenen Sätze Riedel's erklärt hätte, von denen ich doch mit keiner Silbe rede!

Zu S. 146 ob. Z. 5 sind noch die Art. 178, 179 Abs. 3, ferner Art. 280 Abs. 2 des sächs. St.G.B.'s und Wächter's Ausführung hierüber in seinem Handb. des sächs. Strafrechtes S. 179 Anm. 6 beizufügen.

S. 166 Anm. 1 lies **1853** statt **1838.**

„ 172 Z. 12 und in Anm. 2 l. thüringische und thüringischen st. thüringen'sche und thüringen'schen.

„ 189 Z. 18 v. ob. l. unmöglich st. möglich.

S. 194, bes. Anm. 1. — Walter hat sich jetzt, in der so eben erschienenen 2ten Ausg. seiner Rechtsgeschichte, unter Berufung auf Levita für die Rechtmäßigkeit der Nothwehr nach altdeutschem Rechte erklärt (Bd. II. S. 403 ff.), und denselben Sinn hat augenscheinlich die Aenderung, welche Heffter in der 6ten Ausg. seines Lehrb. des Strafr. §. 45 Anm. 2 vorgenommen hat.

„ 201. — Die Anm. gehört zu S. 202 Z. 6.

„ 204 letzte Zeile. Das Zeichen — gehört vor das Wort „den".

„ 213 Anm. — Die Stelle Priscian's ist in der Krehl'schen Ausg. (1819) §. 69 a. E.

„ 220 Z. 3 v. ob. l. 83 st. 11.

„ 230 Anm. 2. Z. 2 ist das Wort negative zu streichen.

„ 248 letzte Zeile l. [3]) st. [5]).

„ 251 Z. 4 v. ob. l. werden st. worden.

„ 269 Z. 8 und S. 270 Z. 2 l. Rechtsvertheidigung st. Nothwehr.

„ 277 Z. 13 v. ob. l. 52 [53] st. 53.

„ 283 Z. 17 l. Grundstücke st. Grundüsticke.

„ 381 Z. 4 v. ob. l. Naturrechte st. Statutarrechte.